الحدائق الناضرة

في

أحكام العترة الطاهرة

تأليف

العلامة الفقيه المحدث الشيخ يوسف البحراني

المتوفى سنة ١١٨٦ هجرية

المجلد ١٩

بسم الله الرحمن الرحیم

الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره

کاتب:

یوسف بحرانی

نشرت فی الطباعهٔ:

مجهول (بی جا ، بی نا)

رقمی الناشر:

مرکز القائمیهٔ باصفهان للتحریات الکمبیوتریهٔ

الفهرس

الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره المجلد ۱۹

اشاره

سرشناسه : بحرانی، یوسف بن احمد، ق ۱۱۸۶ - ۱۱۰۷

عنوان و نام پدیدآور : الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره/ تالیف یوسف البحرانی

مشخصات نشر : قم.

وضعیت فهرست نویسی : فهرستنویسی قبلی

یادداشت : فهرستنویسی براساس جلد هجدهم

یادداشت : کتابنامه

شماره کتابشناسی ملی : ۵۵۶۰۹

ص: ۱

[تتمه کتاب التجاره]

[تتمه أحکام العقود و المعاملات]

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیمِ

و به نستعین

الفصل الثانی فی الخیار

اشاره

و الکلام هنا یقع فی أقسامه و أحکامه،فالواجب بسط ذلک فی مقامین:

[المقام] الأول-فی أقسامه

اشاره

،فبعضهم عدها خمسه،و آخر سبعه،و ثالث ثمانيه،و أنهاها رابع إلى أربعه عشر قسما،و نحن نذكر الثمانيه الدائره فى كلام الأكثر-إنشاء الله (تعالى)-و نبين ما دلت عليه الأدله الشرعيه من أحكامها،و ما لم يقم عليه دليل و الله(سبحانه)الهادى إلى سواء السبيل،و الموفق للنجاه من مهاوى الضلال و التضليل.

فنقول:ينبغى أولا ان يعلم ان مقتضى البيع اللزوم،قال فى التذكره:و الأصل فى البيع اللزوم،لان الشارع قد وضعه مفيدا لنقل الملك من البائع إلى المشترى و الأصل الاستصحاب،و كون الغرض تمكن كل من المتعاقدين من التصرف فيما صار اليه،و انما يتم باللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه،و انما يخرج عن أصله بأمرين:أحدهما ثبوت الخيار،و الثانى ظهور عيب فى أحد العوضين انتهى و هو

جید،و یدل علی اللزوم الکتاب أو السنه،نحو قوله(تعالی) (۱)«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و أخبار (۲)

«المؤمنون عند شروطهم». و نحوها و حینئذ فیجب الوقوف علی مقتضی هذه القاعده حتی یقوم الدلیل علی الخروج عنها فی بعض الموارد،و هی ما ذکروه فی هذا المقام من الخیار،و نحن نذکر اقسامه واحدا واحدا،معطین البحث فیها حقها من التحقیق،مستمدین الإعانه ممن بیده التوفیق.

الأول خیار المجلس

اشاره

هکذا اشتهر التعبیر عن هذا النوع فی ألسنه الفقهاء،قال فی المسالک:اضافه هذا الخیار الی المجلس،اضافه الی بعض أمکنته،فان المجلس موضع الجلوس، و لیس بمعتبر فی تحقق هذا الخیار،بل المعتبر فیه مکان العقد مطلقا،أو فی معناه (۳)و الأصل فیه

قول النبی صلی الله علیه و آله (۴)

«البیعان بالخیار ما لم یفترقا». و هو أوضح دلاله من عباره الفقهاء.انتهی.

أقول:و الظاهر ان التسمیه خرجت بناء علی ما هو الغالب من وقوع ذلک حال الجلوس،و الاستقرار فی مکان،و باب التجوز فی مثله واسع،و هو ثابت للمتبایعین-سواء کانا مالکین،أو وکیلین،أو متفرقین-بعد انعقاد البیع بالإیجاب و القبول.

۱- ۱) سوره المائده الآیه-۱.

۲- ۲) الوسائل الباب ۲۰ من أبواب المهور الرقم ۴.

۳- ۳) أقول:لعل المراد بما فی معناه،هو قیامها فی موضع العقد مصطحبین بحیث لم یفارق أحدهما الأخر،زیاده علی ما کان علیه وقت العقد،فان الخیار باق لهما،و أولی منه لو تقاربا.منه رحمه الله.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۱۷۰ الوسائل الباب-۱-من أبواب الخیار الرقم-۲.

و یدل علیه-زیاده علی الاتفاق-الأخبار المتضافره:

منها ما رواه

فی الکافی فی الصحیح أو الحسن عن زراره (۱)عن أبی جعفر علیه السلام»قال:سمعته یقول:قال رسول الله صلی الله علیه و آله:

البیعان بالخیار حتی یفترقا،و صاحب الحیوان بالخیار ثلاثه أیام الحدیث».

و رواه

المشایخ الثلاثه بسند آخر عن زراره (۲)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«قلت له:الرجل یشتری المتاع»الحدیث. الی آخر ما نقلناه منه،و سیأتی إنشاء الله تعالی.

و روی

فی الکافی عن محمد بن مسلم فی الصحیح (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قال رسول الله صلی الله علیه و آله:البیعان بالخیار حتی یفترقا و صاحب الحیوان بالخیار ثلاثه أیام».

و روی فی الکافی و التهذیب فی الصحیح عن الفضیل (۴)و هو ابن یسار-عن الصادق علیه السلام»قال:قلت:ما الشرط فی الحیوان؟فقال:إلی ثلاثه أیام للمشتری،قلت:

و ما الشرط فی غیر الحیوان؟قال:

«البیعان بالخیار ما لم یفترقا،فإذا افترقا فلا خیار بعد

۱- ۱) الکافی ج-۵-ص ۱۷۰ الوسائل الباب-۱-من أبواب الخیار الرقم-۲.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۷۱.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۱۷۰ الوسائل الباب-۱-من أبواب الخیار الرقم-۱.
۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۱۷۰ الوسائل الباب-۱-من أبواب الخیار الرقم-۳.

الرضا منهما».

و روی المشایخ الثلاثه عن الحلبی فی الصحیح (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«أیما رجل اشتری من رجل بیعا فهما بالخیار حتی یفترقا،فإذا افترقا وجب البیع».

و زاد فی الکافی و التهذیب قال:و قال أبو عبد الله علیه السلام:

أن أبی اشتری أرضا یقال لها:العریض،فلما استوجبها قام فمضی،فقلت یا أبت عجلت بالقیام، فقال:یا بنی إنی أردت أن یجب البیع».

و روی فی الکافی عن محمد بن مسلم (۲)فی الصحیح أو الحسن قال:

« سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول:بایعت رجلا،فلما بعته قمت فمشیت خطأ،ثم رجعت الی مجلسی لیجب البیع حین افترقنا».

و أما ما رواه

الشیخ (۳)عن غیاث بن إبراهیم عن جعفر عن أبیه عن علی علیه السلام»قال:قال علی علیه السلام:

إذا صفق الرجل علی البیع فقد وجب و ان لم یفترقا». فقد أجاب الشیخ عنه فی الاستبصار بالبعید،و الأظهر حمله اما علی أن المراد بالصفقه علی البیع یعنی إمضاء البیع و التزامه و الرضا به،کما سیأتی-إنشاء الله- ذکره فی مسقطات الخیار،أو علی التقیه،و هو الأقرب،فإنه مذهب أبی حنیفه.

و قد نقل عنه،أنه رد علی رسول الله صلی الله علیه و آله فی أربعمائه حدیث.

منها حدیث

«البیعان بالخیار ما لم یفترقا». نقله عنه الزمخشری فی کتاب ربیع

ص :۶

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۷۰ الوسائل الباب-۱-من أبواب الخیار الرقم-۶.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۷۱ الوسائل الباب-۲-من أبواب الخیار الرقم-۱.

۳- ۳) الوسائل الباب-۱-من أبواب الخیار الرقم-۷.

الأبرار مع أنه حنفى المذهب.

و قد نقلنا جمله من هذه الأحاديث التى رد بها على النبى صلى الله عليه و آله فى مطاعنه،فى مقدمه كتابنا سلاسل الحديد فى تقييد ابن ابى الحديد بنقل ابن الجوزى من علمائهم و يؤيد ذلك أن الراوى عامى.

و بالجمله فهو على ظاهره غير معمول عليه فى مقابله هذه الاخبار التى سردناها، المؤيده باتفاق الطائفه المحققه على الحكم المذكور،و إطلاق الاخبار المذكوره شامل لما قدمنا ذكره من كون المتبايعين مالكين أو وكيلين أو بالتفريق،لصدق البيعان على الجميع،و هما من وقع منهما الإيجاب و القبول.

ثم ان العلامه فى التذكره و من تأخر عنه،ذكروا أن مسقطات الخيار فى هذا المقام أربعه.

أحدها-اشتراط سقوطه فى العقد،و لا خلاف فيه بين الأصحاب رضى الله عنهم،و يدل عليه الاخبار (۱)الداله على وجوب الوفاء بالشروط إلا شرطا حرم حلالا،أو حلل حراما،انما الخلاف فيما لو شرطاه قبل العقد.

قال فى الخلاف:«مسأله:إذا شرطا قبل العقد أن لا يثبت بينهما خيار بعد العقد صح الشرط،و لزم العقد بنفس الإيجاب و القبول،ثم نقل الخلاف عن بعض أصحاب الشافعى،ثم قال:دليلنا أنه لا مانع من هذا الشرط،و الأصل جوازه، و عموم الاخبار فى جواز الشرط يتناول هذا الموضع انتهى.

و قال فى المختلف بعد نقل ذلك عنه:و عندى فى ذلك نظر،لان الشرط انما يعتبر حكمه لو وقع فى متن العقد،نعم لو شرطا قبل العقد،و تبايعا على ذلك الشرط صح ما شرطاه.انتهى.

١- ١) الوسائل الباب-۶-من أبواب الخيار.

أقول:الظاهر أن كلام الشيخ-رحمه الله-لا يخرج عما ذكره أخيرا بقوله «نعم»و انما مراده ذلك،و لو شرط أحدهما خاصه سقط خياره وحده.

و ثانيها-إيجابهما العقد بعد وقوعه،و التزامهما به بأن يقولا:تخايرنا،أو اخترنا إمضاء العقد،أو أمضينا العقد أو التزمنا به،و نحو ذلك من الألفاظ الداله على هذا المعنى،و نقل عليه فى التذكره الإجماع.

و لقائل أن يقول:انه حيث لا نص على ما ذكروه هنا،و قد عرفت أن مقتضى العقد اللزوم كما تقدم ذكره فى صدر البحث،و هذا الكلام من قولهما اخترنا أو أمضينا لا يدل على أزيد مما دل عليه العقد بمقتضاه،و ان كان ذلك مؤكدا لما دل عليه العقد من اللزوم،و الروايات دلت على انهما-بعد هذا العقد مؤكدا أو خاليا من التأكيد -لهما الخيار الى أن يفترقا،فيصدق هنا أن لهما الخيار،و ان قالا ما قالاه من هذه الألفاظ،الا أن يقال:ان هذه الألفاظ فى قوه اشتراط سقوط الخيار،فيرجع الى الأول.

و بالجمله فإن باب المناقشه غير مسدود فيما ذكروه هنا.

ثم انهم ذكروا أنه لو اختار أحدهما و رضى الأخر،فهو فى حكم الاختيار أيضا، إذ لا يختص بلفظ،بل كل ما دل على التراضى فهو كاف،و لو أوجبه أحدهما خاصه سقط خياره،و لو وقع ذلك فى العقد،فالظاهر أنه من قبيل الشروط التى دلت الاخبار على وجوب الوفاء بها،و قبله يبنى على ما تقدم فى المسقط الأول.

و لو خير أحدهما صاحبه فسكت،فلا خلاف فى بقاء خيار الساكت،و أما المخير فالمشهور أيضا بقاء خياره،و هو قول الخلاف و المبسوط،و وجهه أنه لم يحصل منه ما يدل على سقوط الخيار،و مجرد تخييره صاحبه لا يدل على الإمساك بشىء من الدلالات الثلاث.

و نقل عن الشيخ أيضا القول بسقوط خياره،استنادا الى ما روى

عن النبى

صلی الله علیه و آله (۱)بعد قوله ما لم یفترقا «أو یقل أحدهما لصاحبه اختر». و رد بعدم ثبوت هذه الزیاده فی أخبارنا.

و أجاب العلامه فی المختلف بعد تسلیم صحه الخبر،بأنه خیره فاختار.

و فی هذا الجواب ما لا یخفی،إذ لا یخفی أن محل الکلام انما هو المخیر بصیغه اسم الفاعل،و ان تخییره لصاحبه یدل علی اختیاره الإمساک،و ظاهر کلامه أن الذی اختار انما هو المخبر بصیغه اسم المفعول و هو لیس محل البحث،و بالجمله فالحدیث غیر ثابت فی أخبارنا فلا حجه فیه.

ثالثها:التصرف،فان کان من البائع فی المبیع فهو فسخ منه المعقد،فیبطل البیع،و یبطل خیارهما،و ان کان من المشتری فی المبیع فهو التزام بالبیع،و یبطل خیاره،و یبقی خیار البائع،و ان کان التصرف فی الثمن فالظاهر أن الأمر بالعکس، و لو کان التصرف من المشتری فی المبیع و من البائع فی الثمن فهو التزام بصحه البیع،و بالعکس التزام ببطلانه،و لو تصرفا فی المبیع أو الثمن فظاهر کلامهم أنه یقدم من تصرفه فسخ،فلو تصرفا فی المبیع قدم تصرف البائع،و فی الثمن قدم تصرف المشتری.

و هکذا لو فسخ أحدهما و أجاز الأخر قدم الفاسخ،و ان تأخر عن الإجازه، لأن إثبات الخیار انما قصد به التمکن من الفسخ،دون الإجازه لأصالتها،و کذا یقدم الفاسخ علی المجیز:فی کل خیار مشترک،لاشتراک الجمیع فی العله المذکوره،.

قال فی التذکره:«لو اختار أحدهما الإمضاء و الأخر الفسخ قدم الفسخ علی الإجازه،إذ لا یمکن الجمع،و لا انتفاؤهما،لاشتماله علی الجمع بین النقیضین، فیتعین تقدم أحدهما،لکن الذی اختار الإمضاء قد دخل فی عقد ینفسخ باختیار صاحبه الفسخ،و رضی به،فلا أثر لرضاه به لازما بعد ذلک.انتهی.

۱- ۱) المستدرک ج ۲ ص ۴۷۳.

قیل:و المراد من التصرف هنا:ما هو أعم من الناقل و غیره،و أکثر عبارات الأصحاب انما اشتملت علی التصرف بقول مطلق،و لهذا ان ظاهر المحقق الأردبیلی -هنا-المناقشه فی ذلک،بل فی أصل الحکم حیث لم یرد به دلیل فی النصوص،حیث قال:ثم ان المراد بالتصرف غیر ظاهر،و هل هو اللازم و المخرج عن الملک أو أعم فهو مجمل،و کذا دلیله ایضا غیر واضح،إذ مجرد التصرف فی المبیع مثلا لا یدل علی الفسخ من جانب البائع،إذ قد یکون سهوا أو لغرض آخر مباح أو حرام.

و بالجمله انه أعم،الا أن تدل قرینه،و مع ذلک قد لا یکون الفعل کافیا فی اختیار الفسخ،و یحتاج الی اللفظ فتأمل انتهی.

و بالجمله فإن جمله من شقوق المسأله لا تخلو من الاشکال،سیما لو وقع التصرف الناقل للمبیع من المشتری مع بقاء خیار البائع کما نبه علیه فی المسالک (۱).

و رابعها-التفرق بمعنی مفارقه کل منهما صاحبه،و یصدق بانتقال أحدهما من مکانه بحیث یبعد عن صاحبه،و لا یشترط القیام و المشی خطأ،و ان کان أظهر فی التفرق کما دلت علیه جمله من الاخبار المتقدمه و لو قاما مصطحبین بحیث لم یحصل التباعد بینهما زیاده علی حال العقد،فالخیار باق،لعدم حصول الافتراق.

و کذا لو ضرب بینهما بستر رقیق کالثوب و نحوه أو غلیظ کالجدار أو مانع من الاجتماع کالنهر العظیم لم یمنع الخیار لعدم صدق الافتراق بشیء من ذلک الذی هو کما عرفت عباره عن التباعد عن الحد الذی کانا علیه وقت العقد خلافا لبعض العامه هنا حیث أسقط به الخیار.

و کذا لو أکرها علی التفرق فإنه لا یسقط الخیار،و الوجه فیه أن الذی دلت الاخبار علی کونه مسقطا انما هو التفرق الذی هو فعل اختیاری لهما،و التفریق بینهما قهرا لیس کذلک،فلا یکون داخلا تحت النص.

و بذلک یظهر أن ما ذکره فی الکفایه بقوله و لا أعلم نصا فی هذا الباب و کذا

۱- ۱) حیث قال:بعد ان ذکر أنه لا فرق فی التصرف بین الناقل للملک و غیره ما لفظه لکن لو وقع الناقل من المشتری مع بقاء خیار البائع ففی صحته اشکال.انتهی منه رحمه الله.

قول المحقق الأردبيلى-و قيد المفارقه المسقطه بالاختيار و ما رأيت له دليلا فى النص، و لعل وجهه ما يتخيل أن الفعل الجبرى بمنزله العدم،فإنه ما فعله باختياره فكأنه بعد باق فى محله خصوصا إذا كان عارفا بالمسأله و أراد الجلوس لعله يظهر له وجه يدل على مصلحته فى هذا العقد.انتهى-غير موجه.

و فيه ما عرفت من أن النص الموجب لسقوط الخيار هو الافتراق و التفرق،الظاهر فى كونهما باختيار المكلف و إرادته،و هذا هو الذى يناسب الإسقاط بأن يفعل ذلك لأجل إسقاط الخيار كما سمعت من أخبار مولانا الباقر عليه السلام.

و أما الجبر على التفرق فلا يدخل تحت إطلاق اللفظين المذكورين،و لا يصح كونه سببا للغرض المترتب على ذلك.

و بالجمله فإن كلام هذين الفاضلين عندى غير ظاهر.

و اعلم أن الأصحاب-رضى الله عنهم-عبروا هنا بأنه لو أكرها على التفرق و لم يتمكنا من التخاير-بمعنى اختيار العقد و البقاء عليه،و هو المسقط الثانى الذى قدمناه،و يتحقق الإكراه بمنعهما من الكلام فعلا بسد أفواههما أو تهديد،فإنه -لا يسقط خيارهما حينئذ بالتفرق،بل لهما الفسخ عند زوال المانع لكن هل يعتبر فى مجلس الزوال،أو يكون الخيار على الفور،وجهان:و كذا لو أخرج أحدهما كرها و منع،فالحكم فيه كذلك.

و فيه ان عدم التمكن من التخاير بمعنى اختيار العقد،لا يدخل تحت العقد، لان التزام العقد و اختيار البقاء عليه لا يتوقف على الكلام.بل لو تفرقا ساكتين حصل اللزوم فيه،و انما يتوقف على الكلام الفسخ،فيكون الإكراه و المنع من الكلام بسد أفواههما أو تهديدهما هو المعتبر فيه،لا-فى التخاير بالمعنى المذكور،الا أن يراد بالتخاير الكنايه عن الفسخ،و الاختيار،و عبائرهم لا تساعد عليه.

و المفهوم من كلام الأصحاب-و هو الظاهر من الاخبار المتقدمه-ثبوت هذا

الحکم لمن أوقع العقد مالکا کان أو وکیلا،و یثبت للوکیل بمجرد التوکیل علی العقد، لانه من توابع العقد قیل:و لا یبعد ثبوت الخیار للمالک علی تقدیر کون العاقد وکیله، لان یده ید الموکل.

و فیه اشکال،لخروجه عن ظواهر الاخبار،و عدم صدق البائع و المشتری علیه،و هی قد ناطت الحکم المزبور بالبیعین،یعنی من وقع منهما عقد البیع و الشراء.

قال فی التذکره علی ما نقل عنه:لو اشتری الوکیل أو باع أو تعاقد الوکیلان، فالأقرب تعلق الخیار بهما و«بالموکلین جمیعا،و إلا فبالموکلین»و فیه ما عرفت من الخروج عن ظواهر النصوص.

و هل یثبت الافتراق بموت أحدهما أو جنون أحدهما أو الإغماء علیه أم لا؟ صرح بالثانی فی الدروس فقال:«و لو مات أحدهما،أو ماتا فللوارث أو الولی، و لو جن أو أغمی علیه فللولی»و هو صریح فی ثبوت الخیار للوارث و الولی،لعدم تحقق الافتراق بذلک،و احتمل فی القواعد سقوط الخیار و ثبوته،و علل الأول بأن مفارقه الدنیا أولی من مفارقه المجلس،فیسقط بطریق أولی.

و رده المحقق الشیخ علی فی شرح القواعد بمنع الأولویه قال:فان المراد من الافتراق التباعد فی المکان،و هو انما یکون فی الجسم،فلا یعقل اراده الروح،ثم ان المحقق المذکور اختار الثبوت تمسکا بالاستصحاب،لان ثبوته معلوم بالعقد، و المسقط غیر متیقن.انتهی.

و فی الاعتماد علی هذا الاستصحاب نظر تقدم ذکره فی مقدمه الاستصحاب من مقدمات کتاب الطهاره (1)و ظاهر المحقق الأردبیلی التوقف فی ذلک،لعدم صدق البائع و المشتری فی الاخبار علیهم.

١- ١) ج ١ ص ٥٣.

أقول:و الحکم محل اشکال لعدم الدلیل الواضح فی ذلک.

تنبیهات

الأول [لو کان العاقد واحدا عن اثنین]

-قد صرحوا بأنه لو کان العاقد واحدا عن اثنین،ففیه احتمالات ثلاثه:

الأول:ثبوت الخیار ما لم یشترط سقوطه،أو یلتزمه عنهما،أو یفارق المجلس الذی عقد فیه علی قول،و هو ظاهر الشرائع و القواعد.

الثانی-ثبوته دائما ما لم یلتزماه أو یشترطا سقوطه،و نقل عن التذکره،و هو ظاهر اختیار الدروس.

الثالث-عدم ثبوت الخیار أصلا،و اختاره بعض فضلاء متأخر المتأخرین، و الظاهر أنه الأقرب.

و تفصیل هذه الجمله هو أن الواحد عاقد عن اثنین یشمل ما لو کان العاقد ولیا شرعیا یبیع ماله من ولده،أو بالعکس،أو مال ولدیه أحدهما علی الأخر، و یشمل ما لو کان وکیلا عن المتبایعین،و کما لو کان أحد المتبایعین وکیلا عن الآخر و فی دخول هذا الفرد (1)تحت العباره المذکوره ما لا یخفی،و ما قیل من أنه یصدق أیضا من أن الواحد عاقد عن اثنین و قائم مقامهما و ان کان هو أحدهما لا یخلو من خفاء.

و لهذا ان المحقق الشیخ علی(رحمه الله علیه)فی شرح القواعد اعترض علی عباره المصنف،و هی مثل هذه العباره فقال:و اعلم ان فی قوله:العاقد عن اثنین مناقشه،لأن العاقد عن واحد مع نفسه یخرج من العباره،و لا وجه لإخراجه بل ینبغی إدراجه،فیکون الحکم واردا علیهما.انتهی.

و الخیار المحکوم بثبوته أعم من کونه لذلک العاقد و لو بالولایه،کما لو کان

1- 1) إشاره الی ما ذکره فی المسالک حیث انه ادعی الصدق فی ذلک-منه رحمه الله.

أبا أو جدا يبيع من نفسه،فان له الخيار و للطفل،و له مراعاه الجانبين،لكن فى الطفل يراعى المصلحه-أو كونه لغير العاقد،كما لو كان وكيلا فى العقد خاصه، فإن الخيار للموكلين،لا له ان قلنا به،و قولهم:ما لم يشترط سقوطه أو يلتزم به عنهما انما يتم فيمن له الاشتراط و الالتزام كالأب و الجد،و أما لو كان وكيلا فى إيقاع العقد خاصه لم يكن له ذلك،و لو أريد العموم كان المراد ما لم يشترط أو يلتزم حيث يكون له ذلك.

و كيف كان فالالتزام عنهما لا يدخل فيه ما لو كان هو أحدهما إلا بتكلف شديد.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنهم ذكروا أن الوجه فى الاحتمال الأول بالنسبه إلى مفارقه المجلس ان المعتبر فى سقوط خيار المتبايعين مفارقه أحدهما مجلس العقد و لما كان ذلك متعذرا هنا-لان الواحد لا يفارق نفسه-اعتبر فيه التمكن،و هو مفارقته مجلس العقد،لانه مشبه بمفارقه أحد المتعاقدين،و أصل هذا القول نقله فى المبسوط بلفظ قيل و لم يذكر قائله (۱)و وجهه ما ذكر.

و رد هذا التوجيه جمله من المتأخرين بأن الواقع فى الاخبار هو الافتراق، لا مفارقه المجلس،فلو فارقاه مصطحبين لم يبطل خيارهما-كما تقدم ذكره- و ان بقيا مده طويله.و هو جيد.

و أما الوجه فى الاحتمال الثانى-و هو بقاء الخيار،و انما يسقط بالالتزام بعد

۱- ۱) قال فى المبسوط:إذا أراد ان يشترى لولده من نفسه و أراد الانعقاد ينبغى ان يختار لزوم العقد عند انعقاد العقد،أو يختار بشرط بطلان الخيار،و على كل حال قد قيل انه ينتقل من المكان الأول الذى عقد فيه العقد،فيجرى ذلك مجرى تفرق المتبايعين،كذا قال ابن البراج و لم يسند هذا القول الى أحد من علمائنا بالنصوصيه،قال فى المختلف بعد نقل ذلك و هذا القول عندى محتمل.انتهى منه رحمه الله.

العقد،أو اشتراط السقوط-فهو ان ظاهر قولهم(عليهم السلام)«البيعان بالخيار»يعم البائعين بوكيلهما أو وليهما فيثبت فى الصوره المذكوره:و أما قولهم(عليهم السلام) «ما لم يفترقا»فهو محمول على اراده السلب،بمعنى أن الخيار ثابت ما لم يحصل افتراق،و هنا لم يحصل افتراق،لعدم ما يحصل به الافتراق،و هو التعدد:و مع كونه محتملا لعدم الملكه-أى عدم الافتراق عما شأنه الافتراق-فيبطل الخيار هنا بناء على هذا الاحتمال،فإنه يمكن ان يقال:ان صدر الخبر و هو قوله«البيعان بالخيار»دل على ثبوت الخيار،فيثبت الخيار بذلك و يحصل الشك فى المسقط بناء على الاحتمالين المذكورين،فيجب استصحاب الحكم الأول الى ان يثبت المزيل.

قال فى الدروس و العاقد عن اثنين له الخيار و يبطل كلما يبطل به خيار المتعاقدين، و هو ظاهر فى اختيار هذا الاحتمال.

و أما الوجه فى الاحتمال الثالث-و هو عدم ثبوته أصلا-فلان ظاهر الاخبار المتقدمه هو المغايره بين المتعاقدين و التعدد فيها،و دعوى عموم ذلك الوكيل أو الولى عن اثنين خروج عن ظاهر اللفظ،و مع تسليمه فإن الإطلاقات فى الاخبار انما تحمل على الأفراد الشائعه المتكرره،و هى المتبادره عند الإطلاق،كما قرروه فى غير موضع.

و ما أورده على ذلك القول-الذى نقله الشيخ فى المبسوط،و ضعفوه به-وارد عليهم فى هذا المقام،و أنه ان وجب الوقوف على ظاهر النص ففى الموضعين، و ان قيل بالتخريج و التحمل فى التأويل و الخروج عن الظاهر،فلا معنى لردهم ذلك القول،كما لا يخفى على المنصف.

و أما ما ذكروه فى قوله«ما لم يفترقا»من احتمال الحمل على السلب فلا يخلو من مسامحه،فإن المتبادر من هذه العباره بالنظر الى صدر الخبر هو توجه النفى إلى القيد خاصه دون المقيد.و هم قد صرحوا فى محاوراتهم فى هذا البحث بأن

معناه أن المتبايعين بالخيار ما لم يفارق أحدهما الآخر،و يحصل البعد بينهما بما يزيد على وقت العقد،فالمنفى انما هو الافتراق،دون من يترتب عليه الافتراق،و هما البيعان، و مبنى كلامهم المتقدم انما يتم على رجوع النفى إلى القيد و المقيد،و هو خلاف ظاهر سياق الخبر كما عرفت.

و يؤيد ما ذكرناه-ما قدمنا ذكره-من أن مقتضى العقد اللزوم كتابا و سنه، و إثبات الخيار الموجب للخروج عن ذلك يحتاج الى دليل واضح،و الركون الى هذه التعليلات العليله و بناء الأحكام الشرعيه عليها مجازفه ظاهره.

و بذلك يظهر رجحان وجه المذكور و أنه لا خيار فى هذه الصوره،و اليه يميل كلام المحقق الأردبيلى فى شرح الإرشاد و الفاضل الخراسانى فى الكفايه.

و بالتوقف فى هذه المسأله من أصلها صرح شيخنا المحقق الشيخ على فى شرح القواعد،حيث قال بعد البحث فى المسأله:و انا فى المسأله من المتوقفين و هو فى محله،و اليه يميل كلام المسالك،الا أنه قال بعد ذلك«و الأوسط أوسط»

الثانى [عدم الخيار لو اشترى من ينعتق عليه]

-المشهور فى كلام الأصحاب أنه لو اشترى من ينعتق عليه كالأب و الابن و نحوهما فإنه لا خيار للمشترى،و الظاهر أن الوجه فيه الترجيح لأدله العتق الداله على أن من اشترى أباه مثلا فإنه ينعتق عليه،فلا خيار له بأن يجعله رقا بعد أن صار معتقا،و لانه لم يعهد من الشارع عود المعتق رقا.

و ربما قيل باحتمال عدم الملك فى زمن الخيار،و فيه ما تقدم من أن مقتضى العقد اللزوم،فالعقد مملك و متى ثبت الملك ترتب عليه الانعتاق:و الى القول بذلك يميل كلام المحقق الأردبيلى«قدس سره»فى شرح الإرشاد،و كذا ظاهرهم أيضا أنه لا خيار للبائع،خصوصا مع علمه بانعتاقه على المشترى.

و اليه يميل أيضا كلام المحقق المشار اليه قال بعد الكلام فى المسأله:«و لعل ترجيح العتق الذى يرجح عندهم بأدنى شيء لا يبعد عملا بمقتضى العقد من غير لزوم محذور

الا تخصيص دليل الخيار على تقدير القول بعمومه،على أن فى عمومه تأملا فتأمل.

و لا إجماع حتى يلزم خلافه،بل تخصيصه أيضا.

أقول:و التحقيق هنا هو أنه قد تقابل إطلاق الاخبار الداله على العتق فى مثل هذه الصوره،و إطلاق الاخبار الداله على خيار المجلس هنا،و تخصيص أحد الإطلاقين بالآخر يحتاج الى دليل واضح،و ليس فليس،و الركون الى هذه الاحتمالات المذكوره الناشئه عن مجرد الدعوى ليس بشيء فى مقام التحقيق.

هذا بالنسبه إلى المشترى و أما بالنسبه إلى البائع فلا أعرف لهم حجه واضحه فى إسقاط خياره،و به يعظم الإشكال فى هذا المجال.

قال:فى الدروس:أسقط الفاضل الخيار فى شراء القريب،أما المشترى فلعتقه عليه،و لأنه وسن نفسه على الغبن،إذ المراد به العتق،و أما البائع فلما ذكر و لتغليب العتق،و يحتمل ثبوت الخيار لهما بناء على أن الملك نافذ بانقضاء الخيار و ثبوته للبائع،لأن نفوذ العتق لا يزيل حقه السابق،و حينئذ يمكن وقوف العتق و نفوذه فيغرم المشترى القيمه لو فسخ البائع و يجرى مجرى التلف الذى لا يمنع من الخيار،انتهى.

و ظاهره التوقف فى المسأله حيث نسب الإسقاط إلى الفاضل،و أردفه بهذا الاحتمال الذى جمد عليه،و لم يتعرض للقدح فيه.

و حاصل معنى ما ذكره تخصيص أدله العتق بأدله الخيار،بأن يقال:انه يحتمل ثبوت الخيار لهما بناء على ان الانعتاق يتوقف على الملك،و الملك النافذ الذى يترتب عليه العتق انما يحصل بانقضاء الخيار،و إسقاطه بأحد المسقطات المتقدمه منهما معا.

و يحتمل ثبوت الخيار للبائع خاصه،أما المشترى فإنه ينعتق عليه بمجرد

الشراء و انعتاقه على المشترى لا- يزيل حق البائع الحاصل بمجرد العقد السابق على الانعتاق،و حينئذ يمكن وقوف العتق على انقضاء الخيار كما هو الاحتمال الأول، و يمكن نفوذه بناء على الاحتمال الثانى بأن ينعتق على المشترى و يبقى خيار البائع، فإن اختار الفسخ فليس له تسلط على العبد لانعتاقه و انما يرجع بقيمته اجراء للعبد هنا مجرى المبيع التالف.

و من ذلک يظهر لک أن المسأله محل توقف و اشکال و منشأ الاشکال ما عرفت من تعارض اخبار العتق و إطلاق أخبار الخيار.

و ظاهر الأصحاب إبقاء أخبار العتق على إطلاقها،و تخصيص اخبار الخيار بها،فخيار المجلس عندهم ثابت إلا فى هذا الموضع.

و ظاهر الاحتمال الذى ذکره شيخنا المذکور العکس،و لا- أعرف مرجحا لأحد الطرفين.و به يظهر الاشکال.و الله سبحانه و أولياؤه العالمون بحقيقه الحال.

الثالث [اختصاص هذا الخيار بالبيع]

-قد صرح غير واحد من الأصحاب(رضوان الله عليهم)بان هذا الخيار مختص بالبيع بجميع أنواعه إلا- ما عرفت مما وقع فيه الاشکال و الخلاف و لا- يثبت فى غير البيع من عقود المعاوضات،و ان قام مقام البيع کالصلح،و وجهه ظاهر لأن الاخبار انما وردت فى البيع،و حمل غيره عليه قياس لا يوافق أصول المذهب.

و نقل عن الشيخ فى المبسوط أنه أثبته فى العقود الجائزه،مثل الوکاله و المضاربه و الوديعه.

و رد بأنه غير جيد،لان العقود الجائزه يصح فسخها فى المجلس و بعده، فلا معنى لإثبات خيار المجلس فيها.و هو جيد.

الرابع [إمکان تداخل الخيارات]

-قال فى الدروس:و يثبت فى بيع خيار الرؤيه،و لا يمنعه اجتماع الخيارين،و کذا بيع خيار الشرط و الحيوان،و کذا يثبت فى بيع الصرف تقابضا

أولا-فإن التزما به قبل القبض وجب على القابل،فلو هرب أحدهما عصى، و انفسخ العقد،و لو هرب قبل الالتزام فلا معصيه،و يحتسل قويا عدم العصيان مطلقا، لان للقبض مدخليه فى اللزوم فله تركه.

الخامس [لو تنازعا فى التفرق]

-قال أيضا فى الكتاب المذكور:لو تنازعا فى التفرق حلف المنكر و لو تنازعا فى الفسخ و كانا قد تفرقا قدم منكره،و لو قال أحدهما،تفرقنا قبل الفسخ،و قال الأخر:فسخنا قبل التفرق احتمل تقديم الأول لأصاله بقاء العقد، و تقديم الثانى،لأنه يوافقه عليه و يدعى فساده و الأصل صحته،و لان الفسخ فعله انتهى.

و روى الشيخ عن الحسين بن عمر بن يزيد (1)عن أبيه عن ابى عبد الله (عليه السلام)قال:قال رسول الله صلى الله عليه و آله:

«إذا التاجران صدقا بورك لهما، فإذا كذبا و خانا لم يبارك لهما و هما بالخيار ما لم يفترقا،فان اختلفا فالقول قول رب السلعه أو يتتاركا».

السادس [النداء بالعقد من بعيد]

-قال:لو تناديا بالعقد على بعد مفرط صح العقد و لهما الخيار على الأقوى و ان تقاربا بالتنقل،و وجه عدم الخيار انه لا يجمعهما مجلس عرفا.

الثانى خيار الحيوان

اشاره

و الشرط فيه ثلاثه أيام و المشهوران الخيار للمشترى خاصه،و عن المرتضى ثبوته للبائع أيضا و يظهر من المسالك ترجيحه و كذا من المحدث الكاشانى فى المفاتيح.

١- ١) التهذيب ج ٧ ص ٢٦ الكافى ج ۵ ص ١٧۴ الوسائل الباب-١ من أبواب الخيار الرقم ۶.

و قيل بثبوته لهما فيما لو كان الثمن حيوانا،و نفى عنه البعد المحقق الشيخ على فى شرح القواعد قال:لان فيه جمعا بين الاخبار الا انه استوجه العمل بالمشهور، و نقل عن ابى الصلاح انه ذهب الى ثبوت الخيار فى الإماء مده الاستبراء.

و استدل للقول المشهور بصحيحه الفضيل (۱)و قد تقدمت فى روايات خيار المجلس:

و موثقه الحسن بن على بن فضال (۲)قال:

«سمعت أبا الحسن على بن موسى الرضا(عليه السلام)يقول:صاحب الحيوان المشترى بالخيار ثلاثه أيام».

و روايه على بن أسباط (۳)عن ابى الحسن الرضا(عليه السلام) قال:

« سمعته يقول:الخيار فى الحيوان ثلاثه أيام للمشترى»الحديث.

و صحيحه الحلبى المرويه فى الفقيه (۴)عن ابى عبد الله(عليه السلام) قال:

« فى الحيوان كله شرط ثلاثه أيام للمشترى،فهو بالخيار إن اشترط أو لم يشترط».

و رواه الشيخ أيضا فى الصحيح عن الحلبى مثله.

و صحيحه ابن رئاب (۵)عن ابى عبد الله(عليه السلام) قال:

«الشرط فى الحيوان ثلاثه أيام للمشترى اشترط أو لم يشترط»الحديث.

و فى الكفايه ادعى دلاله صحيحه زراره (۶)و صحيحه محمد بن مسلم (۷)على هذا القول-فإن أراد بهما الروايتين الآتيتين-فى أدله المرتضى(رضى الله عنه)- فهما بالدلاله على خلاف ما يدعيه أشبه،و الا فليس فى الباب سواهما،و هذه روايات

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۱۷۰.
۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۶۷ الوسائل الباب-۳-من أبواب الخيار.
۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۶۴ الكافى ج ۵ ص ۲۱۶.
۴- ۴) الفقيه ج ۳ ص ۱۲۶ التهذيب ج ۷ ص ۲۴.
۵- ۵) التهذيب ج ۷ ص ۲۴ الكافى ج ۵ ص ۱۶۹.
۶- ۶) التهذيب ج ۷ ص ۲۳.
۷- ۷) التهذيب ج ۷ ص ۲۴.

المسأله قد استوفيناها فيما ذكرنا و ما يأتی فی المقام إنشاء الله تعالی.

أقول:و يدل عليه-بأصرح دلاله لا تقبل التأويل-ما رواه الثقه الجليل

عبد الله ابن جعفر الحميری فی قرب الاسناد عن عبد الله و أحمد ابنی محمد بن عيسی عن الحسن ابن محبوب عن علی بن رئاب (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله(عليه السلام)عن رجل اشتری جاريه لمن الخيار؟للمشتری أو للبائع أو لهما كلاهما؟فقال:الخيار لمن اشتری ثلاثه أيام نظره،فإذا مضت ثلاثه أيام فقد وجب الشراء».

و الحديث-مع صحه سنده-صريح الدلاله علی القول المذكور.

و استدل للمرتضی-

بصحيحه محمد بن مسلم (۲)عن أبی عبد الله(عليه السلام) قال:

«المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام فی الحيوان و ما سوی ذلك من بيع حتی يفترقا».

و يدل عليه-أيضا-

صحيحه زراره (۳)عن أبی جعفر(عليه السلام) قال:

«سمعته يقول:قال رسول الله(صلی الله عليه و آله)البيعان بالخيار حتی يفترقا،و صاحب الحيوان ثلاثه أيام». و نحوه عن محمد بن مسلم-فی الصحيح (۴)-عن ابی عبد الله(عليه السلام) و التقريب فی الخبرين الأخيرين أن المتبادر من صاحب الحيوان هو البائع،و يخدشه أن موثقه الحسن بن علی بن فضال قد فسرت صاحب الحيوان هنا بأنه المشتری،و هو الأقرب،لأن ظاهر هذه العباره تدل علی انحصار الخيار فيه،و لا قائل بانحصار الخيار فی البائع،و بالحمل علی المشتری يصح الانحصار،بناء علی القول المشهور و المؤيد المنصور.

قال فی المسالك بعد قول المصنف«و الشرط فيه كله ثلاثه أيام للمشتری خاصه دون البائع علی الأظهر»:ما صورته:«نبه بالأظهر علی خلاف المرتضی (رضوان الله عليه)-حيث ذهب الی أن الخيار لهما،و

صحيحه محمد بن مسلم

۱- ۱) الوسائل الباب-۳-من أبواب الخيار الرقم ۹.

۲- ۲) الوسائل الباب-۳-من أبواب الخيار الرقم ۳ التهذيب ج ۷ ص ۲۳.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۱۷۰ التهذیب ج ۷ ص ۲۴.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۱۷۰ التهذیب ج ۷ ص ۲۴.

عن الصادق علیه السلام قال: «المتبایعان بالخیار ثلاثه أیام فی الحیوان». صریحه الدلاله علی ما یدعیه.

و ما تقدم فی صحیحه الحلبی من إثبات خیاره للمشتری غیر مناف لثبوته للبائع الأمن حیث المفهوم المخالف و هو ضعیف،فالقول به فی غایه القوه ان لم یثبت إجماع علی خلافه:و حملت الروایه علی ما لو باع حیوانا بحیوان-و هو تخصیص بغیر مخصص-و علی أن الخیار للمشتری و علی البائع،فهو بالنسبه إلیهما مده ثلاثه أیام.

و یضعف بان مقتضی الخبر کونه لهما کما فی قوله«البیعان بالخیار ما لم یفترقا» و علی ان الخیار للمجموع من حیث هو مجموع فلا یدل علی ثبوته للافراد و فیه ما مر.

و فی الدروس الشهره بل الإجماع علی خلافه،و هو یؤذن بدعوی الإجماع،فإن ثبت فهو الحجه،و الا فلا.انتهی.

أقول:لاـ یخفی أن ما ذکروه ان سلم فی روایات المسأله-المشهوره فی کلامهم الا انه لا یجری فی صحیحه ابن رئاب (۱)التی قدمنا نقلها عن قرب الاسناد،فإنها صریحه فی القول المذکور،و بها یتأید ذلک المفهوم الذی دلت علیه تلک الأخبار العدیده.

علی أن لقائل أن یقول:انه و ان کان المفهوم-کما ذکره-لیس بحجه الا ان سوق الکلام فی جمله من الاخبار المذکوره تدل علی إرادته و اعتباره هنا،مثل قولهما (علیهم السلام)فی صحیحتی زراره و

محمد بن مسلم

«البیعان بالخیار ما لم یفترقا و صاحب الحیوان ثلاثه أیام». و نحوهما صحیحه الفضیل المتقدمه فی خیار المجلس.

و التقریب فی الجمیع أنه لو کان الخیار لهما فی الحیوان-کما هو المدعی- لما کان لتخصیص أحدهما به وجه-بعد أن ذکر الخیار لهما فی غیره-و یفصل فی المقام،بل ینبغی أن یقول هما بالخیار فی کل من الموضعین.

و یؤید القول المشهور ان الظاهر ان وجه الحکمه فی هذا الخیار أن الحیوان

۱- ۱) الوسائل الباب-۳-من أبواب الخیار الرقم-۹.

مظنه للعيوب،و هی قد تخفی کثیرا و لا تظهر غالبا،و ایضا قد یتعلق به أغراض لا یمکن الاطلاع علیها الا بالاختبار و مرور الأیام،فضرب الشارع للمشتری هذه المده لإمکان ظهور عیب خفی فیها،و هذه الحکمه لا یظهر وجهها بالنسبه إلی البائع المطلع علی عیوب حیوانه،فلا یکون الخیار مشروعا فی حقه لانتفاء وجه الحکمه.

و یؤیده أیضا-ما قدمنا ذکره-من أن مقتضی العقد کتابا و سنه اللزوم من الجانبین حتی یقوم دلیل علی خلافه.

و بالجمله فإن العمده فی رد القول المزبور-انما هی صحیحه ابن رئاب المرویه فی قرب الاسناد الغیر القابل للتأویل بوجه من الوجوه،و ان کانت جمیع هذه الوجوه مؤیده لذلک.و من ذلک یعلم أنه یجب جعل التأویل فی جانب صحیحه محمد بن مسلم المذکوره بالحمل علی أحد المحامل المتقدمه التی أقربها الحمل علی ما لو باع حیوانا بحیوان.

و قول شیخنا المتقدم-بأنه تخصیص بغیر مخصص-مدفوع بأن ضروره الجمع بین الاخبار أوجب التخصیص.علی أنه قد اختار القول بذلک،و جعله وجه جمع بین الاخبار،کما سیأتی فی کلامه إنشاء الله تعالی.و أما ما عداها مما ظاهره ذلک أیضا فقد عرفت الجواب عنه.

و احتمل فی الوسائل حملها علی التقیه،و لعله الأقرب-و ان کان لا یحضرنی الان مذهب العامه فی هذه المسأله-لما عرفت فی مقدمات کتاب الطهاره (۱)-من ان الحمل علی التقیه لا یتوقف علی وجود القائل بذلک منهم،فإنه لما کان الأصحاب سلفا و خلفا -سوی المرتضی(رضی الله عنه)-علی هذا القول المشهور،و أخبارهم کما عرفت متظافره به،فإنه یعلم بذلک کونه مذهب الأئمه(علیهم السلام)و لیس لما خالف ذلک-مما ورد عنهم-محمل غیر التقیه.

۱- ۱) ج ۱ ص ۵.

و من روايات-المسأله-المؤيده للقول المشهور-أيضا زياده على ما قدمناه-ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن ابن سنان (۱)و الظاهر أنه عبد الله- قال:

«سألت أبا عبد الله(عليه السلام)عن الرجل يشترى الدابه أو العبد و يشترط الى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابه أو يحدث فيه حدث،على من ضمان ذلک؟فقال:على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثه أيام و يصير المبيع للمشترى» (۲).

و زاد فى التهذيب

«شرط له البائع أو لم يشترط قال و ان كان بينهما شرط أياما معدوده فهلک فى يد المشترى قبل أن يمضى الشرط فهو من مال البائع».

و رواه فى الفقيه مرسلا (۳)كما فى الكافى.الا انه قال:

«لا ضمان على المبتاع حتى ينقضى الشرط و يصير المبيع له» (۴).

و العجب من المرتضى-(رضوان الله عليه)-المانع من العمل باخبار الآحاد و الدائر فى أقوله مدار الإجماع-كيف اعتمد على هذا الخبر فى هذا المقام مع مخالفته الأخبار الكثيره المعتضده بالشهره بل الإجماع المدعى فى المقام،و الظاهر أن دليله شىء آخر غير الخبر من الأمور العقليه كما هى قاعدته،فان تعلقه بالاخبار نادر جدا.

ص: ۲۴

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۱۶۹ التهذيب ج ۷ ص ۲۴.

۲- ۲) ظاهر الخبر المذكور عدم انتقال المبيع فى مده الخيار إلى المشترى كما هو قول الشيخ،و المشهور يحملونه على استقرار الملک و سيأتى تحقيق المسأله فى محله إنشاء الله تعالى.

۳- ۳) الفقيه ج ۳ ص ۱۲۸.

۴- ۴) و مما يدل على ما دل عليه هذا الخبر من أن التلف أو الحدث زمن الخيار مضمون على البائع.روايه ابن رباط عن زراره عن ابى عبد الله(عليه السلام) قال:ان حدث بالحيوان حدث قبل ثلاثه أيام فهو من مال البائع» و الظاهر ان الحكم لا خلاف فيه.منه رحمه الله.

و بالجمله فالمعتمد هو القول المشهور.و الله العالم.و تحقيق البحث فی المقام یتم برسم مسائل.

الأولی [القول بثبوت الخیار فی الإماء مده الاستبراء]

-لم نقف لأبی الصلاح فیما ذهب الیه من ثبوت الخیار فی الإماء مده الاستبراء علی دلیل،و ظاهر اخبار-المسأله-المتقدمه یرده،مثل قوله (علیه السلام)

فی صحیحه الحلبی (۱)المتقدمه

«الخیار فی الحیوان کله شرط ثلاثه أیام للمشتری».

و قوله(علیه السلام)فی صحیحه (۲)ابن رئاب

«الشرط فی الحیوان ثلاثه أیام للمشتری،اشترط أو لم یشترط».

و أظهر من جمیع ذلک صحیحه علی بن رئاب (۳)المتقدم نقلها عن قرب الاسناد، لأن موردها الجاریه بخصوصها،و قد حکم(علیه السلام)

«بان الخیار فیها ثلاثه أیام للمشتری و أنه إذا مضت الثلاثه فقد وجب الشراء و لزم».

و صحیحه عبد الله بن سنان (۴)عن ابی عبد الله(علیه السلام)قال:

عهده البیع فی الرقیق ثلاثه أیام ان کان بها خبل أو برص أو نحو هذا». الحدیث و بذلک یظهر ضعف القول المذکور.

الثانیه-لو باع الدراهم أو المتاع بالحیوان

کان یقول:بعتک هذه الدراهم أو هذا المتاع بهذا الحیوان،فیقول المشتری اشتریتها به.

فالظاهر أن خیار الحیوان-هنا-ثابت لمن انتقل له الحیوان بهذا العقد،و هو البائع للدراهم أو المتاع،نظرا الی ما قدمنا ذکره من وجه الحکمه فی هذا الخیار.

و ثبوت الخیار هنا للبائع غیر مناف لما تقدم-بناء علی القول المشهور-و ما دل علیه من الاخبار،من أن خیار الحیوان للمشتری خاصه،لأن مبنی تلک المسأله-فی

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۲۴.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۶۹.

۳- ۳) الوسائل الباب ۳ من أبواب الخيار الرقم ۹.
۴- ۴) الكافى ج-۵-ص ۱۷۲.

النصوص و کلام الأصحاب-انما هو علی کون المبیع هو الحیوان بغیره من الأثمان،فجعل الخیار فیها لمشتریه،و هیهنا الحیوان انما وقع ثمنا و قیمه لمبیع آخر فیکون الخیار انما هو لمن انتقل الیه و هو البائع،نظرا الی ما أشرنا إلیه من وجه الحکمه فی هذا الخیار.

و یمکن الاستدلال علیه فی هذه الصوره بالأخبار الداله علی أن لصاحب الحیوان الخیار ثلاثه أیام،و هو من انتقل الیه ثمنا أو مثمنا،لما تقدم من أنه لا یصح حمل صاحب الحیوان هنا علی المالک،و انما حملناه سابقا علی المشتری بقرینه موثقه ابن فضال،من حیث وقوع البیع علی الحیوان،و کونه مثمنا،و أما لو جعل ثمنا، فإنه یکون الخیار فیه لمن انتقل الیه،و ان سمی بحسب هذه الصوره بائعا.

أو الی ما اخترنا فی هذا المقام یشیر کلام شیخنا الشهید الثانی فی المسالک و الروضه و به صرح المحقق الأردبیلی(رحمه الله علیه)فی شرح الإرشاد،الا أن کلامه لا یخلو من خلل فی تأدیه المطلوب منه و المراد،فإنه قال-بعد ذکر الفرع المذکور.

-و بالجمله انه ثابت لمن ینتقل الیه الحیوان بعقد البیع،سواء یقال له البائع أو المشتری،و أتی بالصیغه بلفظ البیع أو الشراء قدمها أو أخرها،لأن الحکمه فی الخیار فیه أن الحیوان مظنه العیب و یختفی فیه کثیرا،و لا یظهر غالبا،فشرع الخیار لیعلم ذلک و هو یدل علی ثبوته لکل من ینتقل الیه.

و العمده فی ذلک-الأخبار المتقدمه،مثل

صحیحه زراره أو حسنته (۱)قال:

قال:رسول الله(صلی الله علیه و آله)

«البیعان بالخیار حتی یفترقا و صاحب الحیوان ثلاثه أیام». الظاهر أن المراد أن صاحبه الذی عنده و مالکه بالفعل-لا الذی کان-یخیر ثلاثه أیام،ثم ذکر صحیحه محمد بن مسلم الموافقه لصحیحه زراره فی هذا المتن.

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۷۰.

كما قدمناه ثم قال:الظاهر شمول هذه الاخبار لمن قلناه،و ان قلنا بشمولها لغيره ايضا.انتهى.

و محل الإشكال فى قوله:الظاهر ان المراد صاحبه الذى عنده الى آخره مع قوله قبله ان الخيار ثابت لمن ينتقل اليه الحيوان مؤيدا ذلك بوجه الحكمه المذكوره فى كلامه،فإنه لا يخلو من مدافعه و مناقضه.

الثالثه-هل مبدء الخيار [من حين العقد أو التفرق]

هنا-و كذا فى خيار الشرط الاتى إنشاء الله تعالى -من حين العقد أو التفرق؟قولان:نقل ثانيهما عن الشيخ(رحمه الله عليه)و من تبعه.

و بالأول صرح جمله من محققى متأخرى الأصحاب،و الظاهر أنه الأقرب.

و يؤيده أن المتبادر من الأجل المذكور بعد العقد هو اتصاله بزمان العقد، و هكذا كل ما اشترط من الأجل فى العقود،فان المتبادر منه كون ابتدائه من حين العقد.

و يعضده ظاهر جمله من الاخبار المتقدمه،مثل

قوله(عليه السلام)فى صحيحه زراره (۱)

«البيعان بالخيار حتى يفترقا»و صاحب الحيوان ثلاثه أيام.

و قوله

فى صحيحه محمد بن مسلم (۲)

«المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام فى الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا». فان المفهوم منهما ان كلا الخيارين فى البدء سواء و انما الاختلاف بينهما باعتبار الأخر،فنهايته فى خيار المجلس التفرق،و فى خيار الحيوان إلى ثلاثه أيام و تمام الكلام فى المقام يأتى-إنشاء الله تعالى-فى المقام الثانى فى الأحكام.

الرابعه [سقوط خيار الحيوان بالاشتراط]

-يسقط هذا الخيار عند الأصحاب باشتراط سقوطه فى العقد،و بإسقاطه بعد العقد،و بالالتزام بالعقد،و بالتصرف،و الوجه فى الأول-العمل بما دل على لزوم الوفاء بالشرط و فى الثانى أنه حق لصاحبه،فمتى أسقطه سقط.

و اما الثالث فقد تقدم الكلام فيه فى خيار المجلس،الا ان الظاهر هنا لزوم العقد

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۲۴ الكافى ج ۵ ص ۱۷۰.

۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۲۴ الكافى ج ۵ ص ۱۷۰.

بالالتزام به،و سقوط الخيار بذلک،لما فی روایه

عبد الله بن الحسن بن زید بن علی بن الحسن عن أبیه (۱)

«عن جعفر بن محمد(علیهم السلام)قال:قال رسول الله صلی الله علیه و آله فی رجل اشتری عبدا بشرط ثلاثه أیام فمات العبد فی الشرط قال:یستحلف بالله ما رضیه،ثم هو بریء من الضمان». فإنه ظاهر فی أنه متی التزم بالعقد و رضی به سقط الخیار.

و أما الرابع فیدل علیه-بعد الإجماع المدعی فی التذکره-جمله من الاخبار منها

صحیحه علی بن رئاب (۲)عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«الشرط فی لحیوان ثلاثه أیام»للمشتری اشترط أم لم یشترط،فإن أحدث المشتری فیما اشتری حدثا قبل الثلاثه(الأیام)فذلک رضی منه فلا شرط،قیل له:و ما الحدث؟قال:

أن لامس أو قبل أو نظر منها الی ما کان یحرم علیه قبل الشراء».

و صحیحه محمد بن الحسن الصفار (۳)قال:

«کتبت الی ابی محمد(علیه السلام)فی الرجل اشتری من رجل دابه فأحدث فیها حدثا من أخذ الحافر أو نعلها أو رکب ظهرها فراسخ،إله أن یردها فی الثلاثه أیام التی له فیها الخیار بعد الحدث الذی یحدث فیها أو الرکوب الذی رکبها فراسخ؟فوقع علیه السلام:إذا أحدث فیها حدثا فقد وجب الشراء ان شاء الله تعالی».

و روی فی قرب الاسناد عن علی بن رئاب فی الصحیح (۴):قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن رجل اشتری جاریه لمن الخیار؟فقال:الخیار لمن اشتری «الی ان قال:»قلت له:أ رأیت ان قبلها المشتری أو لامس،قال:فقال:إذا قبل أو

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۸۰ الوسائل الباب-۵-من أبواب الخیار.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۶۹ التهذیب ج ۷ ص ۲۴ و فیه(أیام)الوسائل الباب ۴ من أبواب الخیار.
۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۷۵ الوسائل الباب ۴ من أبواب الخیار.
۴- ۴) الوسائل الباب-۴-من أبواب الخیار الرقم-۳.

لامس أو نظر منها الی ما یحرم علی غیره فقد انقضی الشرط و لزمته».

قال فی المسالک-بعد نقل مضمون صحیحه علی بن رئاب الاولی:-و إطلاق التصرف و الحدث یشمل الناقل و غیره،بل مطلق الانتفاع کرکوب الدابه و تحمیلها و حلب ما یحلب و نحو ذلک،و لو قصد به الاستخبار ففی المنع من الرد قول لا بأس به،فان استثنیاه اعتبر منه ما یعلم به الحال،بان یرکب الدابه قدرا یظهر به فراهتها و عدمه،و یحلب الشاه بحیث یعلم حالها و نحو ذلک فلو زاد عنه منع،و لو ساق الدابه إلی منزله فإن کان قریبا بحیث لا یعد تصرفا عرفا فلا اثر له،و ان کان بعیدا کثیرا احتمل قویا منعه،و بالجمله فکل ما یعد تصرفا و حدثا یمنع و الا فلا.انتهی و هو جید.

و نقل المحقق الأردبیلی(رحمه الله)فی شرح الإرشاد عن بعض المحققین قال:

قال بعض المحققین:المراد بالتصرف المسقط للخیار هو ما یکون المقصود منه التملک لا الاختبار، (۱)و لا حفظ المبیع کالرکوب لسقی الدابه،ثم قال:و فیه تأمل،لأن ظاهر الروایات أعم من ذلک.

أقول:ان ما ذکروه من التصرف لأجل الاختبار لا وجه له فی المقام،فان مقتضی العاده أن المشتری للحیوان لا یشتریه و لا یعقد صیغه البیع حتی یختبره برکوبه معرفه حسن مشیه و عدمه،و الجاریه لا یشتریها حتی ینظر منها الی ما یتعلق به غرضه بنظره باذن المالک،و من هذه الجهه أطلقت الأخبار کون التصرف بعد البیع مسقطا للخیار،فان جمیع ما یتوقف علیه غرضه من ذلک الحیوان قد علم قبل البیع،و انما جعل له هذا الخیار هذه المده بالنسبه إلی شیء لم یحصل له الاطلاع علیه من العیوب الخفیه.

۱- ۱) أقول ظاهر المحقق الشیخ علی فی شرح القواعد المیل الی هذا القول حیث قال:و لو قصد به الاختبار فقد استثناه بعضهم من التصرف المسقط و لیس ببعید-منه رحمه الله.

و اما ما ذكره ذلك المحقق من السقى،فإنه لا يتوقف على الركوب ليكون ذلك مستثنى من التصرف المانع من الرد،و الظاهر انه أراد بالتملك،معنى الالتزام بالبيع و الا فالتملك حاصل بأصل العقد.

نعم يبقى الكلام فى التصرف الذى يتوقف عليه حفظ الدابه فى ضمن تلك الثلاثه أيام،من علفها و سقيها و ربطها،و نقلها من مكان الى مكان لأجل حفظها من الحر أو البرد و نحو ذلك،و الأقرب أنه لا يعد من التصرف المانع من الرد لخوف تطرق الضرر بدونه.

و أما مناقشه المحقق الأردبيلى«رحمه الله»فى هذا المقام فى عموم التصرف و شموله لجميع التصرفات-حيث طعن فى دلاله صحيحه على بن رئاب الأولى بالحصر فى الجاريه،فلم يعلم غيرها من الحيوانات و اختصاصه بالإفراد المذكوره فيها، و أنه يمكن ما كان مثلها أو أعلى و أما الأدنى فلا.

و فى صحيحه الصفار بأنها و ان دلت بظاهرها على أن كل حدث مسقط للخيار- الا ان الحدث مجمل،و يمكن أن يكون كل ما هو عيب يكون مسقطا-فالظاهر أنها من المناقشات البعيده الاحتمال،فان الظاهر أن ما ذكر فى الخبرين المذكورين من الجاريه و الدابه و التصرف فيهما بما ذكره فى الخبرين انما خرج مخرج التمثيل، لا الاختصاص و ذكر فى كل منهما من التصرف ما هو المناسب له من قبيل التمثيل أيضا لا الحصر.

فالمراد من الخبرين انما هو ما فهمه الأصحاب(رضوان الله عليهم)،من عموم الحكم فى الحيوان مطلقا،و التصرف بجميع وجوهه فى كل منها بما يناسبه،و الله العالم (1).

ص:30

1- 1) أقول بذلك يظهر أيضا ما فى كلام الفاضل الخراسانى حيث قال و اعلم أنى لا أعلم دليلا على كون شيء من التصرفات موجبا للزوم،سوى ما ورد فى صحيحه على بن رئاب،و صحيحه محمد بن الحسن الصفار، و ما فى قوته أو أقوى منه،و ان ثبت إجماع فى غيرها كان متبعا،و الا كان للتأمل فيه مجال.انتهى. و كأنه تبع فى هذا المقام المحقق المشار إليه فى الأصل و قد عرفت- ما فيه من أن ما ذكر فى الخبرين انما خرج مخرج التمثيل لا الحصر كما لا يخفى،و اليه يشير قوله«فأحدث حدثا من أخذ الحافر الى آخره»فان المراد بالحدث هو ما فهمه الأصحاب من التصرف مطلقا،و ان مثل له فى الخبر ببعض الافراد كما لا يخفى على المتأمل.منه رحمه الله.

الخامسه [هل يثبت الخيار إذا كان الثمن حيوانا؟]

-قـد عرفت فيما تقدم أن من جمله الأقوال فى المسأله ثبوت الخيار لهما فيما إذا كان الثمن أيضا حيوانا و اختاره فى المسالك،نظرا الى تحقق الحكم من الجانبين،قال:فان اختصاص الخيار بالحيوان لاشتماله على أمور باطنه لا يطلع عليها غالبا إلا بالتروى و الاختبار مده،و فيه جمع بين الاخبار المختلفه ظاهرا.

و هو جيد،سيما على مذهبه فى ترجيح قول السيد المرتضى ثم انه فى المسالك قال:

و لو كان الثمن خاصه حيوانا ثبت الخيار للبائع خاصه على الأقوى.انتهى.

و بنحوه فى الموضعين صرح فى الروضه أيضا (١)و بالجمله،فإن مرجع الكلام فى هذه المسأله الى ما قدمناه فى الفائده الثانيه،قد عرفت انه أحد الوجوه فى حمل الخبر الذى استدل به المرتضى(رضى الله عنه)كما أشار إليه شيخنا المذكور هنا بقوله:و فيه جمع بين الاخبار المختلفه ظاهرا،و ان كان قد رده فى كلامه المتقدم نقله عنه فى صدر البحث بقوله و هو تخصيص بغير مخصص و قد عرفت ما فيه آنفا.

الثالث-خيار الشرط

اشاره

و الأصل فيه-بعد الإجماع فى التذكره-الأدله العامله من الاخبار الداله على وجوب الوفاء بالشرط الا ما حرم حلالا و حلل حراما،و الخاصه لهذا المقام و ها نحن نتلوا عليك جمله الأخبار المتعلقه بذلك عامها و خاصها،كما هى قاعدتنا

١- ١) حيث قال:و لو كان حيوانا بحيوان قوى ثبوته لهما كما يقوى ثبوته للبائع وحده لو كان الثمن خاصه و هو ما قرن بالباء حيوانا،انتهى منه رحمه الله.

فی الکتاب فی کل حکم و باب.

فمنها ما رواه

فی الکافی و التهذیب فی الصحیح عن عبد الله بن سنان (۱)عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«سمعته یقول:من اشترط شرطا مخالفا لکتاب الله فلا یجوز له،و لا یجوز علی الذی اشترط علیه،و المسلمون عند شروطهم فیما وافق کتاب الله عز و جل.

و ما رواه

فی الفقیه و التهذیب فی الصحیح عن عبد الله بن سنان (۲)عن ابی عبد الله (علیه السلام) قال:

«المسلمون عند شروطهم،الا کل شرط خالف کتاب الله عز و جل فلا یجوز».

و ما رواه

الشیخ عن إسحاق بن عمار (۳)عن جعفر عن أبیه(علیهما السلام)

«أن علی بن أبی طالب(علیه السلام)کان یقول:من شرط لامرأته شرطا فلیف لها به،فان المسلمین عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما».

و منها ما رواه

فی الکافی فی الصحیح أو الحسن عن الحلبی (۴)عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«سألته عن الشرط فی الإماء أ لا تباع و لا تورث و لا توهب؟ فقال:یجوز ذلک غیر المیراث،فإنها تورث،و کل شرط خالف کتاب الله فهو» (مردود)».

و نحو هذه الروایه بهذا المضمون مرسله جمیل بن دراج، (۵)و مرسله ثانیه له،و المشهور فی کلام الأکثر أنه لو شرط ما ینافی مقتضی العقد کما لو شرط أن لا یبیعه

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۶۹ التهذیب ج ۷-ص ۲۲.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۱۲۷ التهذیب ج ۷ ص ۲۲.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۴۶۷.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۲۱۲-فی الکافی فهو(رد).

۵- ۵) التهذیب ج ۷ ص ۲۵.

أو لا يعتقه أو لا يطأ أو لا يهب،فهذه الشروط باطله،و المشهور بطلان العقد بها أيضا.

و يظهر من بعض الأصحاب القول بلزوم أمثال هذه الشروط المشروعه، و الاخبار المذكوره تدل عليه،و على المشهور يمكن حملها على الاستحباب،بناء على قواعدهم فى أمثال هذه الأبواب.

ثم ان الفرق بين الميراث و غيره مما ذكر فى الاخبار المذكوره لا يخلو من خفاء و ربما قيل بأن الفرق هو ان اشتراط عدم البيع و الهبه اشتراط ما يتعلق بنفسه،و اشتراط عدم التوريث يتعلق بغيره،و لا أثر فيه لرضاه،و لا يخلو من تكلف،و مقتضى العقد كتابا و سنه هو التصرف فيه بما شاء من أنواع التصرفات،فاشتراط منعه من ذلك كما دلت عليه هذه الاخبار مشكل.

و منها ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الموثق عن إسحاق بن عمار (۱)قال:

«أخبرنى من سمع أبا عبد الله(عليه السلام)«قال سأله رجل و أنا عنده فقال له:رجل مسلم احتاج الى بيع داره فمشى إلى أخيه فقال له:أبيعك دارى هذه و تكون لك أحب الى من أن تكون لغيرك على أن تشترط لى ان أنا جئتك بثمنها إلى سنه أن ترد على؟فقال:لا بأس بهذا ان جاء بثمنها إلى سنه ردها عليه قلت:فإنها كانت فيها غله كثيره فأخذ الغله لمن تكون؟فقال:الغله للمشترى،ألا ترى أنه لو احترقت لكانت من ماله».

و رواه الصدوق بطريقه إلى إسحاق بن عمار (۲)عن ابى عبد الله(عليه السلام)قال:

سأله رجل. الحديث و ما رواه

فى التهذيب عن معاويه بن ميسره (۳)قال:

«سمعت أبا الجارود يسأل

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۱۷۱ التهذيب ج ۷ ص ۲۳.
۲- ۲) الفقيه ج ۳ ص ۱۲۸.
۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۱۷۶.

أبا عبد الله(عليه السلام)عن رجل باع دار إله من رجل،و كان بينه و بين الرجل الذى اشترى منه الدار حاصر،فشرط أنك ان أتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك فأتاه بماله قال:له شرطه،قال له أبو الجارود:فان ذلك الرجل قد أصاب فى ذلك المال فى ثلاث سنين قال:هو ماله،و قال أبو عبد الله(عليه السلام):أ رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشترى».

و ما رواه

فى الكافى عن سعيد بن يسار (1)فى الصحيح قال:

«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام):انا نخالط أناسا من أهل السواد و غيرهم،فنبيعهم و نربح عليهم العشره اثنا عشر و العشره ثلاثه عشر و نؤخر ذلك فيما بيننا و بينهم السنه و نحوها، و يكتب لنا الرجل على داره أو أرضه بذلك المال الذى فيه الفضل الذى أخذ منا شراء (و قد باع)و قبض الثمن منه،فنعده ان هو جاء بالمال الى وقت بيننا و بينه ان نرد عليه الشراء،فان جاء الوقت و لم يأتنا بالدراهم فهو لنا.فما ترى فى ذلك الشراء؟ قال:ارى أنه لك ان لم يفعل،و ان جاء بالمال للوقت فرد عليه».

و ما رواه

الشيخ عن أبى الجارود (2)عن أبى جعفر(عليه السلام) قال:

«ان بعت رجلاـ على شرط فإن أتاك بمالك و الا فالبيع لك». و البيع فى الخبر بمعنى الشراء،فإنه من الأضداد كما ذكره أهل اللغه.

و تحقيق البحث فى المقام بما يحصل به الإحاطه بأطراف الكلام و بيان ما يدخل فيه من الأحكام يقع فى مواضع.

الأول [لو تخلف عن الشرط]

-الأشهر الأظهر هو انه متى كان الشرط سائغا فى العقد،وجب على المشروط عليه الوفاء به فان امتنع كان للمشروط له إجباره عليه،فان لم يمكنه رفع امره الى الحاكم الشرعى فإن تعذر كان له خيار الفسخ،و قيل متى امتنع كان للمشروط له اختيار الفسخ،و سيأتى إنشاء الله تعالى مزيد تحقيق للمسأله فى محله (3)

1- 1) الكافى ج 5 ص 172 الفقيه ج 3 ص 128 و فيه(بأنه قد باعه).

2- 2) التهذيب ج 7 ص 23.

3- 3) و هو فى المسأله الاولى من المقام الثانى فى أحكام الخيار.

الثانی [جواز اشتراط مده یرد فیها البائع الثمن و یرتجع المبیع]

-یجوز اشتراط مده یرد فیها البائع الثمن إذا شاء و یرتجع المبیع و فی هذا المقام أحکام.

الأول-قد دلت موثقه إسحاق بن عمار و ما بعدها من الاخبار علی أنه یجوز اشتراط مده مضبوطه یرد فیها البائع الثمن إذا شاء و یرتجع المبیع،و ظاهر الاخبار المذکوره أنه یکفی مجرد إعطاء الثمن،و المفهوم من کلام الأصحاب من غیر خلاف یعرف أنه لا بد من الفسخ و أنه لا یکفی مجرد رد الثمن.

الثانی-لو شرط فی العقد رد المثل أو القیمه فی تلک المده لزم أیضا،قال فی الدروس:فلیس للبائع الفسخ بدون رد الثمن أو مثله و لا یحمل الإطلاق علی العین، و لو شرط رد العین احتمل الجواز انتهی.

الثالث-المشهور أنه لا یتوقف الفسخ أو الإمضاء علی حضور الأخر أو الحاکم.

نعم ثبوته یتوقف علی الاشهاد مع النزاع،و نقل فی الدروس عن ابن الجنید انه یشترط فی الخیار المختص للفسخ أو الإمضاء الحضور أو حکم الحاکم أو الإشهاد قال:

و فی المشترط لا ینفذا لفسخ و الإمضاء إلا بحضورهما و نقل عن ابن حمزه انه لا بد فی المشترک من اجتماعهما علی الفسخ أو لا إمضاء.

و فی المبسوط لا خلاف فی جواز الإمضاء بغیر حضور الأخر،و الظاهر ان ما ذهب الیه ابن الجنید هنا هو مذهب العامه،فإنه قد نقل المحقق الشیخ علی(رحمه الله) فی شرح القواعد توقف الفسخ علی أحد الأمرین المذکورین عن أبی حنیفه.

و أنت خبیر بان الروایات المذکوره خالیه من التعرض لذکر الفسخ،کما قدمنا الإشاره الیه،و لیس فیها أزید من رد الثمن فی المده المضروبه و ظاهره هو الرد علی المشتری و دفعه الیه،و لو جعل رد الثمن فیها کنایه عن الفسخ مثلا فظاهرها اشتراط حضور المشتری لیفسخ البائع بعد دفع الثمن أو مثله الیه،فما ذکروه من جواز الفسخ مع عدم حضور المشتری و جعل الثمن أمانه الی أن یجیء

المشتری،و ان کان ظاهرهم الاتفاق علیه عدا من تقدم ذکره،الا انه بعید عن سیاق الأخبار المذکوره کما لا یخفی علی المتأمل فیها.

الرابع-الظاهر انه لا فرق (۱)فی هذا الشرط بین وقوعه من البائع بأن یقول:

بعتک هذه الدار بشرط ان تردها علی إذا أتیتک بالثمن فی ضمن شهر،أو من المشتری بأن یشترط له انک ان أتیتنی بالثمن فی ضمن المده المعلومه،رجعت علیک المبیع و الذی تضمنته الأخبار المتقدمه الثانی.

قال فی الدروس:یجوز اشتراط ارتجاع المبیع عند رد الثمن مع تعیین المده فلیس للبائع الفسخ بدون رد الثمن أو مثله،ثم قال:و لو شرط المشتری ارتجاع الثمن إذا رد المبیع جاز،و یکون الفسخ مشروطا برد المبیع،فلو فسخ قبله لغی انتهی.

أقول ظاهر الاخبار المتقدمه انه بعد وقوع العقد مشتملا علی هذا الشرط من البائع أو المشتری فإنه بمجرد رد البائع الثمن فی المده المضروبه یجب علی المشتری رفع الید عن المبیع و تسلیط البائع علیه

لقوله(علیه السلام)فی موثقه إسحاق (۲)

«ان جاء بثمنها إلی سنه ردها علیه».

و فی روایه معاویه

فأتاه بماله قال:له شرطه،

و قوله فی صحیحه سعید بن یسار (۳)

«ان جاء بالمال فی الوقت فرد علیه».

و ظاهر هذه العبارات ان الفسخ یحصل بمجرد رد الثمن فی المده المضروبه و انه یجب علی المشتری رد المبیع و رفع یده عنه.

و به یظهر ما فی عباره الدروس المذکوره و غیرها من اعتبار الفسخ و تفریع

۱- ۱) لقوله فی خبر إسحاق ان حبئت بثمنها إلی سنه،و فی روایه معاویه الی ما بین ثلاث سنین و قوله فی روایه سعید بن یسار و لم یأتنا بالدراهم و فی روایه أبی الجارود فإن أتاک بمالک و الجمیع کما تری ظاهر فی انه لا بد من رده علی المشتری منه رحمه الله.

۲- ۲) الوسائل الباب ۸-أبواب الخیار الرقم-۱ التهذیب ج ۲۳۷ الرقم ۱۳.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۲۳ الرقم ۱۲.

ما ذكروه من الأحكام عليه فان دخوله تحت الأخبار المذكوره لا يخلو من غموض و خفاء.

الخامس-قال فی الدروس لو شرط ارتجاع بعضه ببعض الثمن أو الخيار فی بعضه ففی الجواز نظر.

أقول:الظاهر ان وجه النظر المذكور ينشأ من مخالفه النصوص الوارده فی المسأله و كون هذا الفرد خارجا عنها،و من عموم«المؤمنون عند شروطهم».

و فی المسالك استوجه الثانی و لا يخلو من قرب،فان النصوص المذكوره لا دلاله فيها علی حصر الصحه فی الصوره المذكوره فيها،و ان ما عداها غير جائز مع ان هذا الشرط سائغ فی حد ذاته و لا مانع منه.

الثالث [هل يملك المبيع بالعقد أو بمضی مده الخيار؟]

من المواضع المتقدمه هل يملك المبيع بالعقد أو بمضی مده الخيار قولان،و سيأتی تحقيق المسأله إنشاء الله تعالی فی المقام الثانی فی الأحكام.

الرابع [حكم منافع المبيع مده الخيار]

-قد دلت الأخبار المتقدمه علی ان منافع المبيع ضمن مده الخيار للمشتری،و تلفه من المشتری فيكون ملكا له،و هو موافق للمشهور من أن التلف بعد القبض فی زمن الخيار من مال من لا خيار له.

و هذا فی صوره ما لو كان الخيار للبائع،و اما لو كان الخيار للمشتری كما تقدم فی خيار الحيوان فان تلفه من البائع،كما تضمنته صحيحه

عبد الله بن سنان (1)المتقدمه فی خيار الحيوان و قوله فيها

«فان كان بينهما شرط أياما معدوده فهلك فی يد المشتری قبل أن يمضی الشرط فهو من مال البائع». و هذا ايضا جار علی مقتضی القاعده المتقدمه،و هی ان تلف المبيع بعد القبض فهو من مال من لا خيار له.

و تمام الكلام فی ذلك يأتی إنشاء الله تعالی فی المقام الثانی.

1- 1) التهذيب ج ۷ ص ۲۴ الرقم ۲۰ الوسائل الباب ۸ من أبواب الخيار الرقم ۲.

الخامس [لزوم كون الشرط فی متن العقد]

-قد تقدم أنه لا بد من كون الشرط فی متن العقد بین الإیجاب و القبول قال فی التذکره:و لا اعتداد بالشرط قبله أو بعده.

السادس-خیار الشرط ثابت لمن اشترطه

سواء کاناهما معا،أو أحدهما أو أجنبیا،أو أحدهما مع أجنبی،من غیر خلاف یعرف و مستنده عموم أدله وجوب الوفاء بالشروط المتقدم ذکرها.

السابع-یجب أن یکون المده مضبوطه

،و الوجه فیه رفع الجهاله المبطله للعقد،و أن الأجل-کما صرحوا به-له قسط من الثمن،فیئول إلی جهاله أحد العوضین،و ان تکون متصله بالعقد أو منفصله عنه مع ضبطها،فلو شرطاها متأخره صار العقد لازما بعد المجلس و جائزا فیها،اما اتصالها بالعقد فوجهه ظاهر مما تقدم فی خیار الحیوان، و اما جواز اشتراط تأخیرها فوجهه کون الشرط المذکور سائغا،فیصح اشتراطه،و فی جواز جعل المده متفرقه قولان،و لو لم تکن المده مضبوطه کقدوم الحاج مثلا أو إدراک الغله بطل الشرط قولا واحدا.

و هل یبطل العقد قولان:المشهور البطلان،و هذا جار فی کل عقد اشتمل علی شرط فاسد،و قیل بصحه العقد و ان بطل الشرط.

و قد تقدم تحقیق هذه المسأله و الکلام فیها فی المقدمه الحادیه عشر (1)من مقدمات کتاب الطهاره،و لو أطلقا و لم یعینا مده فالمشهور انه لا یصح و نقل عن الشیخ الصحه و انه ثلاثه أیام مدعیا فیه النص و الإجماع،و رد بعدم وجود خیار الثلاثه فی الاخبار الا فی خیار الحیوان و اما الإجماع فأوضح،حیث لم یقل ذلک سواه.

و الظاهر ان الوجه فی وجوب ضبط المده کما اشترطوه هو رفع الجهاله المبطله للعقد و أن الأجل له قسط من الثمن فیؤل الی جهل أحد العوضین.

الثامن [مبدأ هذا الخیار]

-قد تقدم النقل عن الشیخ بأن مبدأ هذا الخیار بعد التفرق من المجلس و لم نقف له علی دلیل،و ثبوت خیار المجلس بأصل الشرع لا یدل علی کون مده الخیار المشروط غیر ذلک،حتی یکون ابتداؤه بعد انقضاء ذلک،إذ لا مانع من

1- 1) ج 1 ص 133.

التداخل فی بعض المده کما مر فی خیار الحیوان (۱).

التاسع [عدم سقوط هذا الخیار بالتصرف و لا بالشرط]

-قال بعض المحققین (۲)و الظاهر عدم سقوط هذا الخیار بالتصرف -لما مر و سیجیء-و لا بالشرط،و هو ظاهر.نعم یمکن بالإسقاط و الالتزام بعده کما فی غیره.

و العمده فی ذلک قول الأصحاب(رضی الله عنهم)فی الکل-و التسلط للإنسان علی ماله،و الترغیب علی العمل بالقول-و عدم مخالف له،و لانه لا شک فی لزوم الفسخ باختیاره،و کذا اللزوم.

و یدل علیه أیضا

روایه السکونی (۳)عن ابی عبد الله(علیه السلام)

«أن أمیر المؤمنین صلوات الله علیه قضی فی رجل اشتری ثوبا بشرط الی نصف النهار فعرض له ربح فأراد بیعه،قال:لیشهد أنه قد رضیه و استوجبه ثم لیبعه ان شاء،فان أقامه فی السوق و لم یبع فقد وجب علیه». انتهی.و هو جید.

و حمل بعض الأصحاب الأمر بالإشهاد هنا علی الإرشاد لرفع النزاع أو الاستحباب،و الخبر صریح فی أنه مع الالتزام بالعقد یسقط الخیار،و ظاهره أیضا أنه یسقط بالتصرف،و ان إقامته فی السوق و جعله فی معرض البیع-و ان لم یبعه-تصرف مسقط للخیار.

العاشر [جواز اشتراط المؤامره]

قد صرح الأصحاب بأنه یجوز اشتراط المؤامره یعنی اشتراطهما أو أحدهما استیمار من سمیاه و الرجوع الی أمره مده مضبوطه،فیلزم العقد من جهتهما و یتوقف علی أمره،فإن أمر بالفسخ جاز للمشروط له استئماره و الفسخ،و الظاهر انه لا یتعین علیه،لان الشرط انما هو مجرد استئماره لا الالتزام بقوله،و ان أمر بالالتزام

۱- ۱) ص ۲۵.
۲- ۲) هو المحقق الأردبیلی قدس سره فی شرح الإرشاد منه رحمه الله.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۱۷۳ التهذیب ج ۷ ص ۲۳.

لم يكن له الفسخ قطعا،و ان كان الفسخ أصلح عملا بالشرط قال فى التذكره:و ليس للشارط ان يفسخ حتى يستأمر و يأمره بالرد،لانه جعل الخيار اليه دونه.قيل:و يمكن أن يكون له الفسخ قبلها،و المخالفه لعدم لزومه.الا ان يشترط ذلك.قال فى التذكره:هذا القول الثانى للشافعى.كما أن الأول قوله الأول، و هو المعتمد.مع انه فى التحرير قال بهذا القول الثانى فقال:و له الفسخ قبل الاستيمار.

أقول لا ريب ان جواز اشتراط الاستيمار كما هو أصل المسأله لا اشكال فيه، لانه من الشروط السائغه،فلا مانع من اشتراطها،فإن أمره بالفسخ تسلط على الفسخ، و له الخيار بين ان يفسخ و بين ان لا يفسخ،كما فى سائر مواضع الخيار،و ان أمره بالالتزام الذى هو مقتضى العقد فليس له المخالفه،و ان كان الفسخ أصلح،لأنه لا يتسلط على الفسخ الا بالشرط،له و هو لم يشترط لنفسه و الفرق بين المؤامره و جعل الخيار لأجنبى ان الغرض من المؤامره الانتهاء إلى أمره،فليس لذلك المستأمر بفتح الميم الفسخ أو الالتزام،و انما إليه الأمر و الرأى خاصه بخلاف من جعل له الخيار.

الرابع-خيار الغبن

بسكون الباء و أصله الخديعه،و المراد هنا البيع و الشراء بغير القيمه مع الجهاله إذا كان الغبن بما لا يتسامح به غالبا بان شراه بزياده على القيمه أو باع بنقصان عنها فالمرجع فيه الى العاده لعدم تقديره شرعا،و هذا النوع من الخيار لم يذكره كثير من المتقدمين،و القول به انما ثبت عن الشيخ و اتباعه،و نقل فى الدروس و كذا فى المسالك عن المحقق فى الدروس القول بعدمه.

و يظهر من التذكره عدم الخلاف فيه بين علمائنا (۱)،و المشهور بين

۱- ۱) قال فى التذكره:و هو اى خيار الغبن ثابت عند علمائنا و به قال مالك و احمد لقوله لا ضرر و لا ضرار فى الإسلام،و لقوله الا أن تكون تجاره عن تراض منكم،و معلوم بان المغبون لو عرف الحال لم يرض،و لأن النبى صلى الله عليه و آله اثبت الخيار فى التلقى و انما أثبته للغبن،و قال انما يثبت للمغبون خاصه إجماعا-منه رحمه الله.

المتأخرين ثبوته،و اعترف جمع من المتأخرين بأنهم لم يقفوا فی النصوص علی نص علیه بالخصوص،و انما ورد فی تلقی الرکبان تخیرهم إذا غبنوا.

و استدلوا علیه ایضا بحدیث الضرار(۱)،و ما ذکروه من حدیث الغبن فی تلقی الرکبان لم أقف علیه فی کتب الاخبار،و لا فی کتب الفروع ایضا و یمکن ان یستدل علیه بما رواه

فی الکافی (۱)عن إسحاق بن عمار عن ابی عبد الله(علیه السلام) قال:

«غبن المسترسل سحت».

و عن میسر (۲)عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«غبن المؤمن حرام».

و فی روایه

«لا یغبن المسترسل فان غبنه لا یحل».

قال فی کتاب مجمع البحرین:و الاسترسال:الاستیناس،و الطمأنینه إلی الإنسان و الثقه به فیما یحدثه و أصله السکون و الثبات،و منه الحدیث أیما مسلم استرسل الی مسلم فغبنه فهو کذا،و منه غبن المسترسل سحت،انتهی،و ظاهره وجود حدیث رابع زائد علی ما نقلناه.

و بالجمله فهذه الاخبار و ان کانت مطلقه الا ـ أنها داله بإطلاقها علی ما نحن فیه من تحریم الغبن فی البیع و المنع منه،و حینئذ فیثبت لصاحبه الخیار.

و کیف کان فثبوته عند الأصحاب مشروط بأمرین کما تقدمت الإشاره إلیه.

-أحدهما-جهاله المغبون بالقیمه وقت العقد،فلو عرف القیمه ثم زاد أو نقص مع علمه، أو تجددت الزیاده أو النقیصه بعد العقد فلا غبن و لا خیار إجماعا،کما نقله المسالک.

ثانیهما ان یکون الغبن الذی هو عباره عن الزیاده و النقیصه فاحشا لا یتسامح بمثله عاده،مثل ان یبیع ما یساوی مأه:بخمسین و نحوها فلو کان یسیرا

۱- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۵۳.

۲- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۷ الفقیه ج ۳-۱۷۳.

يتسامح به كالدرهم بل الأربعه و الخمسه فى المأه فلا غبن.

و قد عرفت ان مرجع ذلك عندهم الى العرف حيث لا تقدير له فى الشرع و طريق معرفه الثانى ظاهره،لانه يمكن إقامه البينه على القيمه فيناط بها.

و أما الأول فإن أمكن إقامه البينه عليه فكذلك و الا فإن ادعاه مع معلوميه عدم إمكان ذلك فى حقه حيث يعلم ممارسته لذلك النوع فى ذلك الزمان بحيث لا يخفى عليه قيمته لم يقبل قوله،و الا ففى القبول إشكال ينشأ من أصاله عدم العلم،و لان العلم و الجهل من الأمور التى تخفى غالبا و لا يطلع عليها الا من قبل من هى به،و من أصاله لزوم العقد و وجوب الوفاء به فيستصحب الى أن يثبت المزيل.

و قوى فى الروضه الأول،قال:و الأقوى قبول قوله فى الجهاله بيمينه مع إمكانها فى حقه،و استظهره فى المسالك أيضا الا انه احتمل فيه الثانى،ثم استشكل فيه بأنه ربما تعذر إقامه البينه،و لم يمكن معرفه الخصم بالحال،فلا يمكنه الحلف على عدمه فتسقط الدعوى بغير بينه و لا يمين.و ما ذكره-قدس سره-جيد بناء على قواعدهم الا أن المسأله لخلوها من النص الواضح موضع توقف.

و حيث ثبت الغبن فإنه يتخير المغبون بين الرد و الإمساك مجانا،و ليس له الأرش إجماعا كما ذكره فى التذكره،و المشهور فى كلام المتأخرين انه لا يسقط الخيار ببذل الغابن التفاوت،و ان انتفى موجبه استصحابا لما ثبت قبله.

نعم لو اتفقا على إسقاطه بالعوض صح كغيره من الخيار،و فيه نظر لأنه ان كان مدرك هذا النوع من الخيار خبر الضرار كما اعترفوا به،فقضيه ذلك ان يكون الضرار، هو المدار،و ظاهر أن بذل التفاوت يدفعه،فينبغى القطع بعدم الخيار اقتصارا فيما خالف الأصل على القدر المتيقن و محل الضروره،و ان كان الإجماع فقد عرفت عدم ثبوته،لما ذكره فى الدروس و غيره من عدم ذكر كثير من المتقدمين لهذا الخيار و ما نقل عن المحقق آنفا.

و تردد العلامه فی التذکره هنا فقال:و لو دفع الغابن التفاوت احتمل سقوط خیار المغبون لانتفاء موجبه و هو النقص،و عدمه لانه ثبت له،فلا یزول عنه الا بسبب شرعی انتهی.مع انه قد ادعی الإجماع (۱)علی عدم ثبوت الأرش به،قالوا و لا یسقط الخیار هنا بالتصرف و ظاهرهم انه سواء کان المتصرف الغابن فی مال المغبون أو بالعکس خرج به عن الملک کالبیع أم منع من الرد کالاستیلاد أم لا.

و لهم فی هذه المسأله تفاصیل و شقوق عدیده أنهاها شیخنا فی الروضه و المسالک الی ما یزید علی مأتی مسأله،و أطال فی تقریرها و لیس فی التعرض لذکرها مزید فائده مع خلوها من النصوص علی العموم و الخصوص.فمن أحب الوقوف علیها فلیرجع الی أحد الکتابین المشار إلیهما.

و المشهور أن الخیار هنا فوری و قیل:بأنه علی التراخی،و علل الأول بعموم الأمر بالوفاء بالعقود،و أن الأصل بناء العقود علی اللزوم،فیقتصر فیما خالفه علی موضوع الیقین،و هو المقدار الذی یمکن حصوله فیه،و لاقتضاء التراخی الإضرار بالمردود علیه حیث یختلف الزمان،و یؤدی الی تغییر المبیع.

و لا یخفی ما فی بناء الأحکام الشرعیه علی مثل هذه الوجوه من المجازفه و علل الثانی بثبوت أصل الخیار فیستصحب الی ان یثبت المزیل لانتفاء الدلیل علی خصوص الفوریه،و لا یخفی ان هذا هو الأقرب و الأنسب بقواعدهم و الاربط بضوابطهم.

۱- ۱) وجه المدافعه هو ان مقتضی دعوی الإجماع من أنه لا یجب علیه به أرش ان یکون له الخیار و ان بذل الغابن الغبن،و ذلک لان اللازم من الغبن و المترتب علیه انما هو اما هو الخیار بین الإمساک مجانا أو الرد،لا التفاوت بین الثمن و القیمه الموجب للغبن سواء بذله الغابن أم لا و هذا هو الذی ادعی علیه الإجماع،فکیف یتردد مع بذل الغابن الغبن،مع انه لیس بما یترتب علی الغبن و انما یترتب علیه مجرد الخیار-منه رحمه الله.

و بالجمله فأصاله العدم أقوى مستند فى المقام حتى يقوم دليل على خلاف ذلك و لو جهل الخيار أو الفوريه فالظاهر أنه لا خلاف فى العذر الى ان يعلم ذلك.

الخامس-خيار التأخير

اشاره

اى تأخير إقباض الثمن أو المثمن عن ثلاثه أيام،فلو باع و لم يقبض الثمن و لا سلم المبيع و لا اشتراط تأخير الثمن،فالبيع لازم ثلاثه أيام،فإن جاء المشترى بالثمن فيها،و الا كان البائع أولى بالمبيع،و الأصل فيه بعد الإجماع الأخبار الوارده عن أهل العصمه عليهم السلام.

و منها ما رواه

الشيخ فى الصحيح (۱)عن على بن يقطين

«انه سأل أبا الحسن (عليه السلام)عن الرجل يبيع البيع،و لا يقبضه صاحبه و لا يقبض الثمن قال:الأجل بينهما ثلاثه أيام،فإن قبض بيعه،و الا فلا بيع بينهما».

و عن إسحاق بن عمار (۲)عن عبد صالح عليه السلام قال:

«من اشترى بيعا فمضت ثلاثه أيام،و لم يجىء فلا بيع له». و رواه فى الفقيه بطريقه إلى إسحاق ابن عمار مثله.

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب (۳)عن عبد الرحمن بن الحجاج قال:

« اشتريت محملا،و أعطيت بعض ثمنه،و تركته عند صاحبه ثم احتبست أياما ثم جئت الى بائع المحمل لأخذه فقال:قد بعته فضحكت ثم قلت:لا و الله لا أدعك أو أقاضيك فقال لى:أ ترضى بأبى بكر بن عياش؟قلت:نعم فأتيناه فقصصنا عليه قصتنا، فقال أبو بكر:بقول من تحب أن أقضى بينكما بقول صاحبك أو غيره؟قال:قلت:

بقول صاحبى قال:سمعته يقول:من اشترى شيئا فجاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثه أيام و الا فلا بيع له».

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۲۲ الرقم ۹.

۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۲۲ الرقم ۸.

٣- ٣) التهذيب ج ٧ ص ٢١ الرقم ٧ الكافى ج ٥-ص ١٧٢.

و ما رواه-

فی الفقیه (۱)فی الصحیح عن جمیل عن زراره عن أبی جعفر(ع) قال:

«قلت له:الرجل یشتری من الرجل المتاع ثم یدعه عنده،فیقول:حتی آتیک بثمنه؟قال:ان جاء بثمنه فیما بینه و بین ثلاثه أیام،و الا فلا بیع له». و رواه فی الکافی فی الصحیح أو الحسن عن زراره مثله:

و رواه فی التهذیب بسند فیه علی بن حدید عن زراره عن ابی جعفر(علیه السلام) مثله،و طعن فی هذه الروایه المحقق الأردبیلی(رحمه الله)فی شرح الإرشاد بوجود علی بن حدید بناء علی نقله لها عن التهذیب،و غفل عن مراجعه الکتابین الآخرین ثم اعتذر عن ضعفها بما هو أضعف،من اصطلاحه الذی بنا علیه.

و أما ما رواه

الشیخ بسند معتبر عن علی بن یقطین (۲)قال:

«سألت أبا الحسن(علیه السلام)عن رجل اشتری جاریه و قال:أجیئک بالثمن،فقال:ان جاء فیما بینه و بین شهر،و الا فلا بیع له» (۳). فهو غیر معمول علیه عند الأصحاب، و لا قائل به،و ربما حمل علی استحباب الصبر له،و عدم الفسخ الی مضی المده المذکوره.

و تحقیق البحث فی المقام و بیان ما فیه من الأحکام یقع فی مواضع:

الأول [شروط هذا الخیار]

هذا الخیار مشروط عند الأصحاب بشروط ثلاثه،أحدها-عدم قبض الثمن،و الثانی-عدم قبض المبیع،و الثالث عدم اشتراط التأجیل فی الثمن و المثمن و بعض کل منهما و لو ساعه،و الثلاثه ظاهره من الأخبار المذکوره و قبض بعض من کل منهما کلا قبض،مجتمعا و منفردا لصدق عدم قبض الثمن و اقباض المثمن الذی دلت علیه الروایات.

و لو قبض الجمیع أو اقبض فلا خیار لاختلال أحد الشروط المتقدمه،و هو

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۱۲۷ الکافی ج ۵ ص ۱۷۱ التهذیب ج ۷ ص ۲۱ الرقم ۵.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۸۰ الرقم ۵۶.

۳- ۳) ظاهر الصدوق فی المقنع القول بالخبر المذکور حیث قال:«إذا- اشتری رجل من رجل جاریه و قال:أجیئک بالثمن فان جاء فیما بینه و بین شهر و الا فلا بیع له»منه رحمه الله.

الأول (۱)علی الأول،و الثانی علی الثانی،و شرط القبض المانع من الخیار کونه باذن المالک،فلا أثر لما یقع بدونه،و کذا لا أثر لما لو ظهر مستحقا لغیر المالک أو بعضه.

الثانی [عدم سقوط هذا الخیار بمطالبه البائع بالثمن بعد الثلاثه]

-قد صرحوا بأنه لا یسقط هذا الخیار بمطالبه البائع بالثمن بعد الثلاثه، و ان کان قرینه الرضا بالعقد،مستندین فی ذلک الی الاستصحاب،و هو جید،بناء علی أصولهم من حجیه مثل هذا الاستصحاب و قد تقدم الکلام فیه فی مقدمات الکتاب.

و من ظاهر اتفاقهم علی توقف بطلان العقد و انفکاکه علی الفسخ فیما لم یختر الفسخ بعد الثلاثه،فإن البیع باق و له المطالبه بالثمن،و ان المطالبه لا یستلزم زوال خیاره و ان کانت مؤذنه بالرضا بالعقد.

و أنت خبیر بان المفهوم من ظواهر الأخبار المذکوره هو انفساخ البیع من نفسه بعد مضی الثلاثه،من غیر توقف علی فسخ لقوله(علیه السلام)فی الاخبار المتقدمه، و الا فلا بیع له و مقتضاه بطلان البیع بعد الثلاثه إذا لم یحصل قبض الثمن أو المثمن فی ضمن تلک الثلاثه،لا أنه یبقی البیع،و کذا الخیار.

بل ظاهر الاخبار أنه لا خیار هنا بالکلیه،فإن غایه ما تدل علیه الاخبار هو أن البیع مع عدم القبض و الإقباض و عدم اشتراط التأجیل صحیح،و لزومه مراعی بهذه الثلاثه،فإن حصل القبض و الإقباض أو أحدهما فیها لزم البیع،و الا بطل من أصله

۱- ۱) و هو الأول أی الشرط الأول بناء علی الفرض الأول هنا و هو قولنا قبض الجمیع،و الثانی أی اختلال الشرط الثانی علی الفرض الثانی هنا، و هو قولنا أو أقبض-منه رحمه الله.

و أما أن البيع بعد الثلاثه باق و البائع مخير فی الفسخ أو الصبر الی أن یأتی المشتری بالثمن،فلا دلاله فی الاخبار علیه بوجه كما لا یخفی علی المتأمل فی سیاقها.

و قد نقل القول بالبطلان هنا عن ظاهر ابن الجنید و الشیخ،و به اعترف العلامه فی المختلف،و ان أجاب بما لا یجدی نفعا قال فی الكتاب المذكور:قال ابن الجنید(رحمه الله علیه):إذا خرجت الثلاثه و لم یأت بالثمن فلا بیع.

و فی المبسوط روی أصحابنا إذا اشتری شیئا بعینه بثمن معلوم،و قال للبائع أجیئك بالثمن و مضی فان جاء فی مده الثلاثه كان المبیع له،و ان لم یجیء فی هذه المده بطل البیع.

و ظاهر هذه العباره یوهم بطلان البیع بعد مضی الثلاثه.

و الذی نص علیه المفید و الشیخ فی النهایه انه یكون للبائع الخیار ان شاء فسخ البیع،و ان شاء طالب بالثمن،و هو الحق،لنا الأصل بقاء صحه العقد.و الاخبار تعطی الذی قاله الشیخ أولا و ابن الجنید،ثم نقل صحیحه زراره المتقدمه و صحیحه علی بن یقطین،ثم قال:و الجواب الحمل علی انه لا بیع لازم له.

أقول:فیه ان ما ذكره من التأویل مع تعسفه و بعده یتوقف علی وجود المعارض و لا معارض هنا الا ما یدعیه من ان الأصل بقاء صحه العقد،و هو أصل غیر متأصل (۱)

۱- ۱) أقول:فإن فرض عدم لزومه فی الثلاثه باعتبار تطرق البطلان علیه من جهه عدم التقابض،و انما یلزم و تصیر بیعا مانعا من الرجوع بذلك،و عدم اللزوم بعد الثلاثه باعتبار الخیار الذی للبائع كما یدعونه فإنه مسلط علی الفسخ فالحالان مشتركان فی عدم لزوم البیع و تمامه و ان اختلف الوجه فی كل منهما. و أما قولهم ان البیع لازم ثلاثه أیام فإنما یریدون به من حیث عدم الخیار فی ضمن ثلاثه أیام،فلو لم یحصل بطل علی أحد القولین، و صار غیر لازم من جهه الخیار علی القول المشهور،-منه رحمه الله.

و كيف يكون الأصل بقاؤه مع تصريح الأخبار بأنه لا بيع بعد مضى الثلاثه، و كيف يختص النفى باللزوم كما ادعاه مع انه فى ضمن الثلاثه كذلك،لان لزومه مراعى بحصول التقابض فى ضمن الثلاثه منهما أو قبض أحدهما،و ان اختلف وجه عدم اللزوم فى الحالين.

و بالجمله فان الحق هو ما ذهب اليه ابن الجنيد و الشيخ هنا كما هو ظاهر الاخبار المذكوره و الله العالم.

الثالث-لو بذل المشترى الثمن بعد الثلاثه

،قيل،يحتمل سقوط الخيار:

و هو الذى قطع به العلامه فى كتبه،محتجا بزوال المقتضى لثبوته،و هو الضرر بالتأخير.

و قيل:يحتمل بقاؤه،عملا بالاستصحاب،و زوال مقتضيه بعد ثبوته لم يؤثر فى نظائره.

أقول و الأظهر-بناء على ما قدمنا تحقيقه من بطلان البيع بعد الثلاثه-أن لا ثمره لهذا الفرع بالكليه،حتى يترتب عليه هذان الاحتمالان،و مع الإغماض عما ذكرنا و الجرى على مقتضى كلامهم فى هذا المقام،فإن الأقوى ما ذهب إليه العلامه،لأن التمسك بهذا الاستصحاب الذى يكررونه فى هذه الأبواب غير مجد نفعا كما حققنا فى مقدمات الكتاب (۱).

الرابع [لو تلف المبيع بعد الثلاثه]

-الظاهر أنه لا خلاف فى أنه لو تلف المبيع بعد الثلاثه،فإنه من مال البائع لما تقرر من القاعده من أنه متى تلف قبل القبض فهو من مال البائع.

و يعضده ظواهر الأخبار المتقدمه الداله على أنه بعد الثلاثه لا بيع له،و سيما على ما اخترناه من بطلان البيع بعد الثلاثه فإنه من مال بائعه،إنما الخلاف فيما لو هلك فى الثلاثه،فالمشهور أنه كذلك.

۱- ۱) ج ۱ ص ۵۱.

و قال المفید:یکون التلف من المشتری،و هو مذهب المرتضی(رضی الله عنه) و سلار و جمع ممن تبعهم،و عن ابن حمزه أنه ان عرض البائع تسلیمه علی المشتری و لم یتسلمه فهو من مال المشتری،و الا فمن البائع.و هو ظاهر أبی الصلاح حیث قال:

فان کان تأخیره من قبل المبتاع فهلاکه و نقصه من ماله.

و أورد علی القول المذکور بان العرض علی البائع لا یقوم مقام القبض الا ان یمتنع المشتری من القبض،و لا یرضی به البائع ببقائه فی یده،و حینئذ فلا فرق بین التلف فی الثلاثه أو بعدها فی کونه من المشتری،بل یخرج علی هذا الفرض عن محل المسأله،و هذا المعنی أقرب فی عباره أبی الصلاح.

و یدل علی القول المشهور روایه

عقبه بن خالد المرویه فی الکافی (۱)عن أبی عبد الله(علیه السلام)

«فی رجل اشتری متاعا من رجل و أوجبه غیر أنه ترک المتاع عنده و لم یقبضه قال:آتیک غدا ان شاء الله تعالی فسرق المتاع من مال من یکون؟قال:

من مال صاحب المتاع الذی هو فی بیته حتی یقبض المتاع،و یخرجه من بیته،فإذا أخرجه من بیته فالمبتاع ضامن لحقه حتی یرد الیه ماله».

و نقل بعض المحققین (۲)انه

روی عنه صلی الله علیه و آله (۳)

«کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه». ،و لم أقف علیها فیما وصل إلینا من الاخبار.

و یؤیده أیضا دخوله تحت القاعده المتقدمه،لأنه یصدق علیه أنه تلف قبل القبض و هذه الروایه من أدله هذه القاعده،و ظاهرها أنه مضمون علی البائع ما دام لم یقبضه المشتری،و یخرجه من بیته فی الثلاثه و بعد الثلاثه.

ص:۴۹

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۷۲ الوسائل الباب-۱۰-من أبواب الخیار الرقم-۱.
۲- ۲) هو المحقق الأردبیلی قدس سره فی شرح الإرشاد و نقله فی موضع آخر عن العلامه فی التذکره-منه رحمه الله.
۳- ۳) المستدرک ج ۲ ص ۴۷۳.

و عن المفيـد التعليل لما ذهب إليه بأن المبيع انتقل اليه،فيكون ضـمانه عليه، و التأخير لمصـلحته،و أجاب فى المختلف بالمنع من الملازمه،و نفى البأس عن قول ابن حمزه،و ظاهر أبى الصلاح،مع اختياره القول المشهور،و قد عرفت ما فيه.

و بالجمله فالظاهر هو القول المشهور لما عرفت و الله العالم.

الخامس [لو قبض المبيع و تعذر الثمن]

-قـد عرفت سابقا أنه لو قبض البائع الثمن أو المشترى المبيع فإنه لا خيار،و نقل فى الـدروس عن الشـيخ بأن له قولا بأنه لو قبض المبيع و تعذر الثمن فإن للبائع الفسخ،ثم قال:و فيه قوه.

قال فى المسالك:«و كان مسـتنده خبر الضرار،إذ لا نص فيه بخصوصه، و ليس ببعيد،الا أن التمسك بلزوم العقد و وجوب الوفاء به أقوى،و أخذه مقاصه لدفع الضرر ان تمكن من أخذ العين،و الا فلا يدفع بالفسخ انتهى و هو جيد.

السادس [لو قبضه المشترى ثم تلف]

-قال فى المختلف:لو قبضه المشترى ثم تلف،فان كان فى مـده الثلاثه كان من مال المشترى دون البائع،و ان هلك بعدها فكلام الشيخ يشعر بأنه من مال البائع.

و احتـج بـان له الخيـار بعـد انقضـاء الثلاـثه،لأـن عبـارته هكـذا إذا باع الإنسان شـيئا و لم يقبض المتاع و لا قبض الثمن و مضـى المبتـاع،فـان العقـد موقوف ثلاـثه أيـام،فـإن جاء المبتاع فى مـده ثلاثه أيام كان المبيع له،و ان مضـى ثلاثه أيام كان البائع أولى بالمتـاع،فـان هلـك المتـاع فى هـذه الثلاـثه أيام و لم يكن قبضه إياه كان من مال البائع دون مال المبتاع،و ان كان قبضه إياه ثم هلك فى مـده الثلاثه كان من مال المبتاع دون مال البائع،و ان هلك بعـد الثلاثه أيام كان من مال البائع على كل حال.و فيه نظر إذ مع القبض يلزم البيع.انتهى.

و هو جيد الا أن من المحتمل-و ان بعد بالنسـبه إلى سياق العباره المذكوره الا انه غير بعيد بالنسبه الى طريقه الشيخ فى التعبير،و هو الموافق للقواعد،

إذ يبعد من الشيخ كل البعد اراده ما دلت عليه العباره بظاهرها-أن يكون قوله أخيرا «و ان هلك بعد الثلاثه أيام»انما هو بالنسبه إلى صوره عدم القبض،فيكون قسيما لقوله فان هلك المتاع فى هذه الثلاثه،و لم يكن قبضه إياه كان من مال البائع دون مال المبتاع،و ان هلك بعدها كان من مال البائع على كل حال.يعنى أنه أولى بأن يكون من مال البائع لمضى الثلاثه القاطعه لتعلق المشترى به بخلاف ما إذا كان فى ضمن الثلاثه التى هو فيها مال المشترى،و يكون جمله و ان كان قبضه إياه ثم هلك الى آخره متوسطه بين الجملتين المتعاطفتين.

السابع [حمل قوله«ما لا يفسد»على ما هو أعم من الحيوان]

قال فى المختلف أيضا لم يفرق الشيخان و أتباعهما بين الحيوان و غيره فى التربص ثلاثه أيام،و قال فى المقنع إذا اشترى رجل من رجل جاريه فقال أجيئك بالثمن،فان جاء فيما بينه و بين شهر و الا فلا بيع له،و إذا اشترى ما يفسد من يومه كالبقول فان جاء ما بينه و بين الليل و الا فلا بيع له،و إذا اشترى ما لا يفسد من يومه فان جاء فيما بينه و بين ثلاثه أيام و الا فلا بيع له.انتهى.

ليس فى كلام المقنع رحمه الله هنا ما يدل على مخالفه الأصحاب فى هذه المسأله بالنسبه إلى الحيوان،لان قوله«و إذا اشترى ما لا يفسد»الى آخره شامل للحيوان و غيره و قوله«إذا اشترى رجل جاريه»الى آخره لا يدل على أن هذا خيار الحيوان بجميع أفراده بأن يحمل ذكر الجاريه على التمثيل.

و انما هذا فتوى بروايه على بن يقطين (۱)المتقدمه المشتمله على هذا الحكم المخصوص بالجاريه إذ يبعد منه رحمه الله اطراح اخبار الثلاثه الوارده فى خيار الحيوان (۲)مع تعددها و صحتها،و الاقتصار على هذا الخبر الشاذ النادر مع عدم ظهوره فى العموم.

۱- ۱) التهذيب ج-۷-ص ۸۰ الرقم ۵۶.

۲- ۲) التهذيب ج-۷ ص ۲۴.

فالظاهر ان هذا الحكم الذی ذكره مخصوص بالجاريه كما هو مورد الخبر المشار اليه،و ربما كان منشأ التوهم عدم ذكر خيار الحيوان فی هذا المقام و الكتاب لا يحضرنی الآن.

و بالجمله فالأظهر حمل كلامه علی ما ذكرنا تحاشيا عن خروجه عن مقتضی الأخبار الوارده فی خيار الحيوان،و انه ثلاثه أيام للمشتری،أو مع البائع علی الخلاف المتقدم.

و يعضد ما قلناه أنه فی الفقيه روی موثقه الحسن بن علی بن فضال (۱)المتقدمه فی روايات خيار الحيوان الداله علی أنه ثلاثه أيام،و مع هذا قال فی الكتاب المذكور :و من اشتری جاريه و قال للبائع أجيئک بالثمن فان جاء فيما بينه و بين شهر و الا فلا بيع له، و العهده فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه يوم الی الليل.انتهی.

و حينئذ فالظاهر حمل قوله«ما لا يفسد»علی ما هو أعم من الحيوان و غيره، ليوافق فتوی الأصحاب.

نعم-يخرج من ذلک حكم الجاريه بناء علی عمله بخبر علی بن يقطين (۲)المشار اليه و قد تقدم.

السادس-خيار ما يفسد ليومه

اشاره

و الأصل فی هذا النوع من الخيار ما رواه

فی الكافی و التهذيب عن أبی حمزه (۳)أو غيره عمن ذكره عن ابی عبد الله عليه السلام و أبی الحسن عليهما السلام

«فی الرجل يشتری الشیء الذی يفسد من يومه،و يتركه حتی يأتيه بالثمن؟قال:فان جاء فيما بينه و بين الليل بالثمن و الا فلا بيع له».

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۱۲۷ الرقم ۷ الوسائل الباب-۳-من أبواب الخيار الرقم-۲.

۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۸۰ الرقم ۵۶.

۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۲۵ الرقم ۲۵ الوسائل الباب-۹-من أبواب الخيار.

و نقل فی الوسائل عن الصدوق أنه روی بإسناده

عن ابن فضال عن ابن رباط (۱)عن زراره عن أبی عبد الله(علیه السلام)فی حدیث

«قال العهده فیما یفسد من یومه مثل البقول و البطیخ و الفواکه یوم الی اللیل».

أقول:

روی فی التهذیب عن الحسین بن سعید عن ابن فضال (۲)و فی الفقیه عن ابن فضال عن ابن رباط عمن رواه عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«ان حدث بالحیوان حدث قبل ثلاثه أیام فهو من مال البائع».

و زاد فی الفقیه

«و من اشتری جاریه و قال للبائع أجیئک بالثمن فان جاء فیما بینه و بین شهر و الا فلا بیع له،و العهده فیما یفسده من یومه». الی آخر ما تقدم.

و الظاهر أن هذه الزیاده إنما من کلامه الذی یدخله بین الاخبار،و هو إشاره الی ما تضمنه مرسله ابن أبی حمزه (۳)المذکوره و روایه علی بن یقطین (۴)المتقدمه کما أشرنا إلیه آنفا،لا أنه من متن الروایه المذکوره.

و کیف کان فإن الروایه المذکوره لا تخلو عن الإشکال بالنسبه الی ما یترتب علی هذا الخیار،و ذلک لان الظاهر أن الخیار انما شرع لدفع الضرر،و إذا توقف ثبوته علی دخول اللیل مع کون الفساد یحصل فی یومه،و لا یندفع به الضرر و انما یندفع بالفسخ قبل الفساد.

و فی الدروس عنونه بما یفسده المبیت،و هو جید،الا أن فیه خروجا عن النص و لعله لتلافیه بخبر الضرار،و استقرب تعدیته الی کل ما یتسارع الیه الفساد عند خوفه.

۱- ۱) الوسائل الباب ۱۱-من أبواب الخیار.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۶۷ الفقیه ج ۳ ص ۱۲۷ الرقم-۷.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۲۵ الرقم ۲۵.

۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۸۰ الرقم ۵۶.

و لا يتقيد بالليل (۱)و اكتفى فى الفساد بنقص الوصف و فوات الرغبه كما فى الخضروات.

و اللحم و العنب و كثير من الفواكه،و استشكل فيما لو التلزم التأخير فوات السوق فعلى هذا لو كان مما يفسده فى يومين تأخر الخيار عن الليل الى حين خوفه.

و هذا كله و ان كان متجها فى حد ذاته الا انه خارج عن مدلول النص الوارد فى هذا الحكم-كما عرفت-الا ان خبر الضرار (۲)يفيده فى الجميع.

تنبيهات

الأول [هذا الخيار فرد من افراد خيار التأخير]

-الظاهر ان هذا الخيار فرد من افراد خيار التأخير كما يشير اليه كلام العلامه فى التذكره حيث ذكره فى مسأله من مسائل خيار التأخير،فكأنه قال:خيار التأخير فيما لا يفسد إلى ثلاثه أيام،و فيما يفسد فى يومه الى الليل،و الى ذلك يشير أيضا عباره المقنع المتقدمه.

۱- ۱) قال المحقق الشيخ على فى شرح القواعد و الذى ينبغى ان يعرف-ان لزوم البيع هيهنا الى حين خوف الفساد بحسب العاده المستمره و قرائن الأحوال الموجوده بحيث ان يتربص به زياده فسد،لأنه ينبغى لزوم البيع، مده بقائه،ثم حين الشروع فى الفساد يثبت الخيار كما توهمه كثير من العبارات لان الخيار حينئذ مما لا فائده فيه لتحقق الضرر،و ليس فى النص ما ينافى شيئا من ذلك-مردود بأنه كيف لا ينافى ما ذكره،و هو قد اشتمل على السؤال مما يفسد فى يومه،و الخيار بناء على ما يدعونه انما يناط بدخول الليل و هو ظاهر-منه قدس سره.

۲- ۲) الوسائل الباب ۱۷ من أبواب الخيار.

و يعضده ظاهر كلامهم هنا من حيث عدم القبض و الإقباض،كما فى خيار التأخير المتقدم،و هو ظاهر النص الوارد فى المسأله أيضا،فحينئذ فعده قسما برأسه ليس مما ينبغى.

الثانى [تخيير البائع بعد مضى اليوم بين الصبر و الفسخ]

-ان مقتضى كلامهم أنه بعد مضى اليوم يتخير البائع بين الصبر و ان فسد،فأخذ الثمن من المشترى،و بين الفسخ و بيعه،أو يتصرف فيه بأى نحو أراد، و لا يرجع الى المشترى،بنحو ما قالوه فى الخيار بعد الثلاثه و المفهوم من الروايه المتقدمه- هنا إنما هو ما ذكرناه-فى روايات خيار التأخير ثلاثه أيام-من بطلان البيع حيث ان العباره فى الموضعين واحده،إذ مؤدى(لا بيع له)هو البطلان،لا ثبوت الخيار،و هو يرجع الى ما قدمنا تحقيقه من أنه ليس هنا خيار بالكليه.

و انما غايه ما يدل عليه الخبر المذكور هنا-كالاخبار فى تلك المسأله-أنه يبقى البيع مراعى بمضى المده المذكوره،فإن قبضه المشترى فيها أو أقبض الثمن صح البيع و الابطل من أصله.

هذا هو ظاهر الاخبار المشار إليها كما عرفت.

و حاصل الخبر هنا أنه يجب على البائع الصبر إلى أول دخول الليل،فان أتى المشترى بالثمن فهو له،فسد أو لم يفسد،و الا بطل البيع كذلك.

هذا ظاهر الخبر المذكور،و وجه الاشكال فيه وجوب الصبر المده المذكوره و ان تضرر بفساد المبيع فيها،و يمكن التفصى عنه بان رضاه بذلك مع علمه بالحكم الشرعى،و قدومه على البيع و الحال هذه بدفع الاشكال المذكور.

الثالث [اشتراط عدم التقابض]

-قد عرفت سابقا ان ظاهر كلام الأصحاب-و هو ظاهر الخبر الوارد فى هذه المسأله-أن الشرط هنا عدم التقابض،لا من الطرفين،و لا من أحدهما،و حينئذ فلو قبض المشترى السلعه،و لم يقض البائع الثمن،فان البيع يكون لازما،و لا يقدر بالمده المذكوره و كذا بالعكس،و لو قبض بعض الثمن أو سلم بعض المبيع فكالعدم،لصدق عدم

قبض الثمن،و عدم قبض المبیع المترتب علیهما الحکم المتقدم فی الخبر،و فی کلام الأصحاب و الله العالم.

السابع خیار الرؤیه

اشاره

و هو ثابت لمن لم یر،إذا باع أو اشتری بالوصف،ثم ظهر مخالفا،فان کانت المخالفه بظهور الزیاده علی الوصف تخیر البائع،و ان کانت بالنقص عنه تخیر المشتری،و الأصل فیه-أیضا مضافا الی الاتفاق-هو اشتراط الرؤیه أولا فی صحه البیع و لزومه،کما یدل علیه ما رواه

فی الکافی (1)عن عبد الأعلی بن أعین قال:

« نبئت عن ابی جعفر(علیه السلام)انه کره بیعین اطرح و خذ علی غیر تقلیب،و شراء ما لم یر» (2).

و روی فی التهذیب (3)قال:

نبئت عن ابی جعفر-علیه السلام-انه یکره شراء ما لم یر. و الکراهه هنا بمعنی التحریم کما وقع مثله کثیرا فی الاخبار،بل هو الأغلب الأکثر فیها.

1- 1) الکافی ج 5 ص 154 الوسائل الباب 18 من أبواب الخیار الرقم-1.

2- 2) قال بعض مشایخنا المحققین من متأخر المتأخرین قوله علیه السلام (اطرح و خذ)أی یقول البائع للمشتری اطرح الثمن،و خذ المتاع من غیر أن یکون المشتری قلب المتاع و اختبره. و الفرق بینه و بین الثانی أنه فی الثانی لم یر أصلا،و فی الأول رأی من بعید و لم یختبره،أو یقول المشتری اطرح المتاع،و خذ الثمن الذی أعطیک، فیکون الفساد لجهاله الثمن،و فی الثانی لجهاله المبیع،و علی التقدیرین لا بد من تقیده بعدم الوصف الرافع للجهاله.و الله العالم.منه قدس سره.

3- 3) التهذیب ج 7 ص 9 الرقم-30.

و ثانیا ما رواه

الصدوق فی الفقیه و الشیخ فی التهذیب (۱)فی الصحیح عن جمیل بن دراج قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن رجل اشتری ضیعه و قد کان یدخلها و یخرج منها فلما ان نقد المال صار الی الضیعه«ففتشها» (۲)ثم رجع فاستقال صاحبه فلم یقله فقال أبو عبد الله(علیه السلام):لو قلبها و نظر منها الی تسع و تسعین قطعه ثم بقی منها قطعه لم یرها لکان له فی ذلک خیار الرؤیه».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب فی الصحیح عن زید الشحام (۳)قال:

«سألت أبا عبد الله عن رجل اشتری سهام القصابین من قبل أن یخرج السهم فقال:لا یشتری شیئا حتی یعلم أین یخرج السهم،فان اشتری شیئا فهو بالخیار إذا خرج».

و توضیح معنی هذا الخبر ما رواه

الشیخان المذکوران فی الصحیح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن منهال القصاب (۴)قال:

«قلت لأبی عبد الله(علیه السلام):

اشتری الغنم،أو یشتری الغنم جماعه ثم ندخل دارا ثم یقوم رجل علی الباب فیعد واحدا و اثنین و ثلاثه و أربعه و خمسا ثم یخرج السهم قال:لا یصلح هذا،انما یصلح السهام إذا عدلت القسمه.

و المراد منه أنه إذا اشتری عشره مثلا،مائه من الغنم،فیدخل بیتا فیخرج من الغنم کیف ما اتفق،فإذا بلغ المخرج خمسه مثلا اخرج اسم رجل،فمن خرج اسمه یعطیه هذه الخمسه،فلم یجوزه-(علیه السلام)-للغرر و عدم تحقق شرائط القسمه،إذ من شروطها تعدیل السهام أولا،فربما وقع فی سهم بعضهم کلها سمانا و فی سهم الأخر هزالا.

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۱۷۱.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۲۰۰ الرقم ۲۹ و فیها(فقلبها)بدل(ففتشها).

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۲۲۳ الرقم-۳ التهذیب ج ۷ ص ۷۹ الرقم ۵۴.

۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۷۹ الرقم ۵۳ الکافی ج ۵ ص ۲۲۳.

و من أجل هذا انه لو اشترى و الحال هذه فان له الخيار كما صرح به فى صحيح الشحام (۱)«إذا خرج الردى فى ذلک السهم».

و أما إذا أمكن القسمه بعد تعديل السهام،فإنه لا مانع لأنه يشترى متاعا فان اقتسموا بالتعديل فلا خيار،و الا فإن خرج فى سهمه الردى كان له الخيار فى القسمه،فالمتاع فى صحيح الشحام مبنى على ما هو دأبهم من شرائهم مجهولا غير معدل،كما يشير اليه قوله فى روايه منهال انما يصلح السهام إذا عدلت القسمه.

و كيف كان فمورد الخبرين المذكورين انما هو المشترى،و المدعى-كما هو المتفق عليه بينهم-ثبوت ذلک-أيضا-للبائع الا ان يجبر ذلک بخبر الضرار (۲)و ربما احتمل بعض الأصحاب فى صحيحه جميل أن يكون التفتيض من البائع بأن يكون البائع باعه بوصف المشترى،و حينئذ فيكون الجواب عاما بالنسبه إليهما على تقدير هذا الاحتمال،الا أن الظاهر بعده غايه البعد عن سياق الخبر المذكور، و مع تسليمه فثبوت كون الجواب عاما-أيضا-محل خفاء و اشكال.

و بالجمله فالظاهر ان مستند العموم انما هو خبر الضرار المجبور باتفاق الأصحاب على الحكم المذكور،قالوا:و لا بد فى هذا النوع من الخيار من ذكر الجنس و الوصف الرافعين للجهاله،و ضابط ذلک أن كل وصف يتفاوت الرغبات بثبوته و انتفائه،و يتفاوت به القيمه تفاوتا ظاهرا لا يتسامح بمثاله،فإنه يجب ذكره،فلا بد من استقصاء صفات السلم كلها كما صرح به العلامه فى التذكره.

فروع

الأول:

لو وصف بها فوقع البيع و الشراء بوصف الغير ثم ظهر الزياده و النقصان من جهتين تخيرا معا،و يقدم قول الفاسخ كما تقدم بيانه.

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۷۹ الرقم-۵۴.

۲- ۲) الوسائل الباب ۱۷-من أبواب الخيار الرقم ۳-۴.

الثانی:

قال فی الدروس:و لو شرطا دفعه فالظاهر بطلان العقد،للغرر،أقول:

و الوجه فیه ان الوصف قائم مقام الرؤیه،فإذا شرط عدم الاعتداد به کان المبیع غیر مرئی و لا موصوف،و یلزم من ذلک الغرر المنهی عنه المبطل للبیع،و الظاهر انه لا خلاف بینهم فی صحه إسقاط خیار المجلس و الحیوان و العیب،و أما خیار الغبن و التأخیر ففیهما احتمال و الصحه أظهر،و أما خیار الرؤیه فالحکم فیه ما عرفت.

الثالث:

ظاهر کلام أکثر الأصحاب اشتراط الفوریه فی هذا الخیار.

الرابع:

قال فی الدروس:لو شرط البائع إبداله ان لم یظهر علی الوصف فالأقرب الفساد،أقول:ظاهر کلامه أن الحکم بالفساد أعم من ان یظهر علی الوصف أم لا،و فیه انه لا موجب للفساد (۱)مع ظهوره علی الوصف المشروط،و مجرد شرط البائع الإبدال مع عدم الظهور علی الوصف لا یصلح سببا فی الفساد لعموم الأخبار المتقدمه.

نعم لو ظهر مخالفا فإنه یکون فاسدا من حیث المخالفه،و لا یجبره هذا الشرط لإطلاق الاخبار فی الخیار،و الأظهر رجوع الحکم بالفساد فی العباره إلی الشرط المذکور،حیث لا تأثیر له مع الظهور و عدمه.

و بالجمله فإنی لا اعرف للحکم بفساد العقد فی الصوره المذکوره علی الإطلاق وجها یحمل علیه،و الله العالم.

الخامس:

لو اشتری برؤیه قدیمه تخیر أیضا لو ظهر بخلاف ما رآه،و کذا من طرف البائع،الا ان هذا لیس من افراد هذا الخیار الذی هو محل البحث،لانه مقصور علی ما لم یر،حیث اشترط فیه الوصف عوضا عن الرؤیه،و لا یشترط وصف ما سبقت رؤیته،و انما یباع و یشتری بالرؤیه السابقه،غایه الأمر انه إذا ظهر بخلاف ذلک،لطول المده أو عروض عارض أو نحو ذلک تخیر،بایعا کان أو مشتریا.

۱- ۱) أقول موجب الفساد علی ما هو الظاهر ان الشرط المذکور لما کان مخالفا للسنه-فاسده-و اقتضی فساد العقد قضاء

للشرطيه–منه رحمه الله.

«الثامن خيار العيب»

و ضابطه فی الحیوان کلما زاد عن أصل الخلقه أو نقص و زاد بعضهم عینا کان کالإصبع الزائده أو الناقصه،أو صفه کالحمی و لو یوما بأن یشتریه فیجده محموما أو یحم قبل القبض.

أقول:و یدل علی الأول ما رواه

فی الکافی عن أحمد بن محمد السیاری (۱)قال:

«روی عن ابن أبی لیلی أنه قدم الیه رجل خصما له فقال:ان هذا باعنی هذه الجاریه فلم أجد علی رکبها حین کشفتها شعرا و زعمت أنه لم یکن لها قط قال:فقال له ابن أبی لیلی:ان الناس لیحتالون لهذا بالحیل حتی یذهبوا به فما الذی کرهت؟فقال:أیها القاضی ان کان عیبا فاقض لی به.فقال:اصبر حتی أخرج إلیک فإنی أجد أذی فی بطنی ثم دخل و خرج من باب آخر حتی أتی محمد بن مسلم الثقفی فقال له أی شیء تروون عن أبی جعفر(علیه السلام)فی المرأه لا یکون علی رکبها شعرا یکون ذلک عیبا».

فقال له محمد بن مسلم:أما هذا نصا فلا أعرفه،و لکن حدثنی أبو جعفر عن أبیه عن آبائه(علیهم السلام)عن النبی صلی الله علیه و آله«أنه قال:کلما کان فی أصل الخلقه فزاد أو نقص فهو عیب،فقال له ابن أبی لیلی:حسبک ثم رجع الی القوم فقضی لهم بالعیب».

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۶۵ الرقم-۲۶ الکافی ج ۵ ص ۲۱۵ الوسائل الباب-۱-من أبواب العیوب الرقم-۱.

و علی الثانی فی الجمله ما رواه

فی الکافی عن داود بن فرقد (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن رجل اشتری جاریه مدرکه فلم تحض عنده حتی مضی لها سته أشهر و لیس بها حمل،قال:ان کان مثلها تحیض و لم یکن ذلک من کبر،فهذا عیب ترد منه». و رواه الصدوق بإسناده عن الحسن بن محبوب.

و للمشتری الخیار بین الرد و القبول مع الأرش فی صوره الجهل بالعیب عند الشراء، و یسقط الرد خاصه دون الأرش بالتصرف فی المبیع،سواء کان قبل علمه بالعیب أم بعده،و سواء کان التصرف ناقلا للملک أم لا،مغیر اللعین أم لا.

و نقل عن ابن حمزه أنه إذا تصرف المشتری بعد العلم بالعیب سقط الرد و الأرش معا، و هو مردود بالاخبار الاتیه،و کذا یسقط الرد خاصه دون الأرش بحدوث عیب بعد القبض،فإنه مانع من الرد بالعیب السابق،و یسقطان معا بالعلم بالعیب قبل العقد، فان قدومه علیه عالما به رضی بالعیب.

و کذا یسقطان بالرضا به بعده،و فی حکمه إسقاط الخیار و کذا یسقطان ببراءه البائع من العیوب،و الأصل فی بعض هذه الأحکام الاخبار الجاریه فی هذا المضمار.

و منها ما رواه

المشایخ الثلاثه فی الصحیح أو الحسن عن جمیل (۲)عن بعض أصحابنا عن أحدهما-(علیهما السلام)

«فی الرجل یشتری الثوب من الرجل أو المتاع فیجد به عیبا،قال:ان کان الثوب قائما بعینه رده علی صاحبه و أخذ الثمن، و ان کان خاط الثوب أو صبغه أو قطعه رجع بنقصان العیب».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۳)عن زراره عن أبی جعفر(علیه السلام)

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۶۵ الفقیه ج ۳-۲۸۵ الکافی ج ۵ ص ۲۱۳.
۲- ۲) الفقیه ص ۱۳۶ الرقم ۳۳ الکافی ج ۵۴ ص ۲۰۷ مع اختلاف یسیر، التهذیب ج ۷ ص ۶۰ الرقم ۲.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۲۰۷ الرقم ۳ التهذیب ج ۷ ص ۶۰ الرقم ۱.

قال: «أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عواز لم يتبرأ إليه منه و لم يبرأ به و أحدث فيه بعد ما قبضه شيئا و علم بذلك العور أو بذلك العيب انه يمضى عليه البيع و يرد عليه بقدر ما ينقص ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به».

و ما رواه

فى الكافى عن أبى صادق (۱)قال:

«دخل أمير المؤمنين(عليه السلام) و رواه الصدوق مرسلا قال دخل أمير المؤمنين(عليه السلام)سوق التمارين فإذا امرأه قائمه تبكى و هى تخاصم رجلا تمارا،فقال لها:مالك؟فقالت:يا أمير المؤمنين اشتريت من هذا تمرا بدرهم فخرج أسفله رديا و ليس مثل هذا الذى رأيت فقال له.

رد عليها،فأبى حتى قال له ثلاث مرات فأبى،فعلاه بالدره حتى رد عليها،و كان عليه السلام يكره أن يجلل التمر.».

و ما رواه

المشايخ الثلاثه عن ميسر بن عبد العزيز (۲)قال:

«قلت لأبى عبد الله(عليه السلام):رجل اشترى زق زيت فوجد فيه درديا فقال:ان كان ممن يعلم ان ذلك يكون فى الزيت لم يرده عليه،و ان لم يكن يعلم أن ذلك يكون فى الازيت رده عليه».

و ما رواه

فى التهذيب عن جعفر بن عيسى (۳)قال:

«كتبت الى أبى الحسن(ع) جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد،فينادى عليه المنادى فإذا نادى عليه برىء من كل عيب فيه،فإذا اشتراه المشترى و رضيه،و لم يبق إلا نقده الثمن فربما زهده فإذا زهد فيه ادعى فيه عيوبا و أنه لم يعلم بها فيقول له المنادى:قد برئت منها،فيقول له المشترى:لم أسمع البراءه منها أ يصدق فلا يجب عليه الثمن،أم لا يصدق فيجب عليه الثمن؟فكتب(عليه السلام):عليه الثمن».

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۲۳۰ الفقيه ج ۳ ص ۱۷۲ الرقم ۲.
۲- ۲) الفقيه ج ۳ ص ۱۷۲ التهذيب ج ۷-ص ۶۶ الكافى ج ۵ ص ۲۲۹.
۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۶۶ الرقم ۲۹.

الا أن ظاهر الأصحاب عدم القول بهذه الروايه كما سيأتی تحقيقه إنشاء الله تعالی.فی فصل العيوب.

و ما رواه

فی التهذيب أيضا-عن السكونی (۱)عن جعفر عن أبيه عليهم السلام

«أن عليا(عليه السلام)قضی فی رجل اشتری من رجل عكه فيها سمن احتكرها حكره فوجد فيها ربا فخاصمه الی علی(عليه السلام)فقال له علی(عليه السلام):لك بكيل الرب سمنا،فقال له الرجل:انما بعته منك حكره،فقال له(عليه السلام)-:انما اشتری منك سمنا و لم يشتر منك ربا».

قال فی الوافی و الحكر الجمع و الإمساك يقال:اشتری المتاع حكره أی جمله.

انتهی،الی غير ذلك من الاخبار الاتيه إنشاء الله فی الفصل الذی فی حكم العيوب، و قد تقدم فی المباحث السابقه ما يدل علی بعض هذه الأحكام ايضا.

و العجب من صاحب الكفايه هنا حيث قال:و لو تصرف المشتری سقط الرد دون الأرش للاخبار المتعدده،لكن الأخبار مختصه بمن اشتری جاريه فوطأها ثم وجد بها عيبا.انتهی.

و كأنه لم يقف علی هذه الاخبار التی قدمناها صريحه فی الأرش مع التصرف فی المبيع مطلقا جاريه أو غيرها،الا ان عندی فی المقام اشكالا،و هو ان المذكور فی كلامهم انه مع ظهور العيب السابق قبل العقد أو القبض فللمشتری الخيار بين الرد و القبول مع الأرش،و الروايات المتقدمه خاليه من ذكر الأرش،و انما المذكور فيها الرد،و الأرش إنما ذكر فی صوره التصرف المانع من الرد،و مثلها الاخبار الاتيه إنشاء الله تعالی-فی شراء الجواری،و لم أقف علی من تنبه لذلك و لا نبه عليه (۲).

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۶۶ الرقم ۳۰.
۲- ۲) أقول الی ما ذكرنا من الاشكال هنا أشار المحقق الأردبيلی فی شرحه علی الإرشاد إلا انا لم نقف عليه الا بعد تجاوز هذا المقام فاستثناه بعد ذلك فيما يأتی فی مسأله الرد من احداث السنه فی فصل العيوب فليتراجع منه قدس سره.

و بالجمله فالدليل على التخيير المذكور غير ظاهر من الاخبار الا ان يكون الإجماع،لظهور اتفاقهم على الحكم المذكور.

نعم ذلك مذكور

فى الفقه الرضوى (۱)حيث قال(عليه السلام)

«فان خرج فى السلعه عيب و علم المشترى،فالخيار اليه ان شاء رد و ان شاء أخذه أورد عليه بالقيمه مع أرش العيب». و ظاهر العباره التخيير بين الرد و بين أخذه من غير أرش أو أخذه مع الأرش و يحتمل أن لفظه(أو)غلط،و انما هو بالواو فيكون مخيرا بين الأول و الثالث.

و الظاهر أن هذه العباره هى المستند فى ذلك،فى كلام المتقدمين و جرى عليه جمله المتأخرين كما فى جمله من الأحكام التى أسلفنا ذكرها فى غير مقام.

و أما باقى شقوق المسأله مما لا يظهر وجهه من هذه الاخبار،فيمكن استفادته من الرجوع الى القواعد المقرره و الضوابط المعتبره.

و الأرش المذكور فى الاخبار المتقدمه عباره عن نسبه التفاوت بين قيمته صحيحا و قيمته معيبا،فيؤخذ من الثمن بتلك النسبه،لا تفاوت ما بين الصحيح و المعيب،لانه قد يحيط بالثمن أو يزيد عليه،فيلزم أخذه العوض و المعوض،كما إذا اشتراه بخمسين و قوم معيبا بها،و قوم صحيحا بمأه أو أزيد،و على اعتبار النسبه يرجع فى المثال المذكور بخمسه و عشرين،و على هذا القياس.

و تمام تحقيق المسأله يأتى-إنشاء الله تعالى-فى الفصل المعقود للعيب،و هذا ما وعدنا به آنفا من ذكر ثمانيه من أفراد الخيار المذكوره فى كلام أكثر الأصحاب، و زاد شيخنا فى اللمعه سته على هذه الثمانيه بحيث يبلغ المجموع أربعه عشر،و انما أعرضنا عن ذكرها لعدم وجود النصوص على كثير من أحكامها و سيأتى-إنشاء الله- التعرض لذكرها كل فى مقامه،و بيان ما يتعلق بنقضه و إبرامه.

۱- ۱) المستدرك ج ۲ ص ۴۷۴.

المقام الثانى فى أحكام الخيار

اشاره

و قد تقدم ذكر كثير منها فى المباحث المتقدمه فى المقام الأول،و بقى الكلام هنا فى مسائل:

الأولى [ثبوت خيار الشرط فى تمام أنواع العقود] :

قد صرح جمع من الأصحاب-رضى الله عنهم-بأن خيار الشرط يثبت فى كل نوع من أنواع العقود،سوى النكاح و الوقف و الإبراء و الطلاق و العتق.

أما جواز الشرط فى العقود،فلعموم الأخبار المتقدمه فى خيار الشرط الداله على جواز الاشتراط إذا كان الشرط سائغا لا يخالف الكتاب و السنه،و قد استثنى من البيع ما يتعقبه العتق،كشراء القريب الذى ينعتق عليه،فإنه لا يثبت فيه خيار الشرط،و لا المجلس،و كذا شراء العبد نفسه إذا جوزناه،فإنه مناف لمقتضاه،و سيأتى تحقيق المسأله -إنشاء الله تعالى-فى محلها.

و اما استثناء ما ذكر،فعلل بان النكاح لا يقصد فيه المعاوضه،و الوقف ازاله ملك على وجه القربه،و مثله العتق،و قريب منه الإبراء.

و ادعى فى المسالك الإجماع على استثناء هذه المذكورات أولا،و الظاهر أنه هو العمده عندهم،و الا فهذه التعليلات لا تمنع تطرق المناقشه،فإنها لا تصلح لتخصيص عموم تلك النصوص.

قال فى التذكره:و الأقرب عندى دخول خيار الشرط فى كل عقد معاوضه، خلافا للجمهور،و هو مؤذن بعدم الخلاف عند الأصحاب،و قد الحق بالطلاق الخلع و المبارات،و بالعتق التدبير و المكاتبه المطلقه،و قد عرفت ما فى المحلق به.

و الحق ان المسأله لا يخلو عن شوب الاشكال بالنظر الى إطلاق النصوص،و عدم وجود مخصص يصلح الاعتماد عليه،و ان كان الأحوط الوقوف على ما ذكروه(رضى الله عنهم).

ص:۶۵

الثانیه [بطلان الشرط المؤدی إلی الجهاله و الشرط المخالف للکتاب و السنه] :

لا خلاف بین الأصحاب فی أن الضابط فی صحه الشرط هو أن لا یکون مؤدیا إلی الجهاله فی المبیع أو الثمن،و لا مخالفا للکتاب و السنه،فلو کان مؤدیا إلی الجهاله فی أحدهما بطل،کاشتراط تأخیر المبیع فی ید البائع أو الثمن فی ید المشتری ما شاء کل واحد منهما،فإنه یلزم منه الجهاله،فإن للأجل قسطا من الثمن،و إذا کان مجهولا یجهل الثمن،و کذا القول فی جانب المبیع.

و متی کان مخالفا للکتاب و السنه،فإنه یبطل أیضا کاشتراط عدم وطئ الأمه، أو شرط وطئ البائع إیاها بعد العقد مره أو أزید،و اشتراط أن لا یبیعه أو لا یعتقه أو لا یهب.

قال فی المسالک-بعد حد هذه الافراد-:و ضابط ما ینافی مقتضی العقد،بأن یقتضی عدم ترتب الأثر الذی جعل الشارع العقد من حیث هو یقتضیه،و ترتبه علیه، کذا حققه جماعه انتهی.

ثم استشکل اشتراط عدم الانتفاع زمانا معینا،و اشتراط سقوط خیار المجلس و الحیوان و ما شاکل ذلک مما أجمع علی صحه اشتراطه.

أقول:و یمکن دفع الإشکال بالنسبه إلی الأول بالوقوف علی مقتضی الضابطه المذکوره،و القول ببطلان هذا الشرط حیث لا دلیل علیه،و عن الثانی بجمیع أفراده بان ذلک لیس من مقتضی العقد،فان مقتضاه اللزوم کما تقدم،و انما جاز الفسخ فی هذه المواضع بدلیل خارج أوجب الخروج عن مقتضی العقد.

و أما ما ذکره هنا هو و غیره من اشتراط أن لا یبیع و لا یهب فجید،بناء علی الضابطه المذکوره،الا أنه قد ورد فی جمله من الاخبار ما یؤذن بصحه هذا الشرط مثل

مرسله (1)جمیل عن بعض أصحابنا عن أحدهما(علیهما السلام)

فی الرجل اشتری جاریه و شرط لأهلها ان لا یبیع و لا یهب قال:یفی بذلک إذا شرط لهم.

1- 1) التهذیب ج 7 ص 25 الرقم 23.

و مرسلته الثانيه (۱)عن بعض أصحابنا عن أحدهما(عليهما السلام)

«فى الرجل يشترى الجاريه و يشترط لأهلها ان لا يبيع و لا يهب و لا يورث؟قال:يفى بذلك إذا شرط لهم الا الميراث». و نحوهما فى ذلك صحيحه الحلبى و قد تقدمت فى القسم الثالث فى خيار الشرط و تقدم نبذه من الكلام فيما يتعلق بهذا المقام.

و كذا يبطل الشرط باشتراط غير المقدور للمشروط عليه،كاشتراط حمل الدابه فى ما بعد،أو ان الزرع يبلغ السنبل،سواء شرط عليه ان يبلغ ذلك بفعله أو بفعل الله تعالى،لاشتراكهما فى عدم المقدوريه.

و لو شرط تبقيه الزرع فى الأرض إلى أو ان السنبل إذا وقع البيع على أحدهما دون الأخر جاز،لان ذلك مقدور له،و لا يعتبر تعيين مده البقاء بل يحمل على ما هو المتعارف عن البلوغ لانه منضبط.

و فى كل موضع يبطل الشرط فهل يختص البطلان به-لانه الممتنع شرعا-دون البيع و لتعلق التراضى بكل منهما،أو يبطل العقد من أصله؟لأنه غير مقصود بانفراده و ما هو مقصود لم يسلم،و لان للشرط قسطا من الثمن،فإذا بطل يجهل الثمن-قولان:و ما تقدم من قوله تعلق التراضى بهما يضعف بعدم تعلق التراضى و قصده منفردا و هو شرط الصحه.

أقول و ما ذكروه فى هذه المسأله فى هذا الموضع و غيره من بطلان العقد باشتماله على الشرط الباطل،-و عللوه من أن القصد انما تعلق بالجميع-و العقود تابع بالقصود،فما تعلق به القصد غير حاصل،و ما حصل غير مقصود-جيد،الا ان جمله من الاخبار قد دلت على بطلان الشرط فى مواضع مع صحه العقد،و بعض الاخبار يدل على ما ذكروه.

۱- ۱) الوسائل الباب ۱۵ من أبواب بيع الحيوان فى ذيل حديث الثانى.

فهذه القاعده غير مطرده بالنسبه الى ما دلت عليه الاخبار فى الباب كما حققنا ذلك فى المقدمه الحاديه عشر من مقدمات الكتاب (۱).

و لو شرط عتق المملوك جاز لانه شرط سائغ بل راجح،لكن ان شرط عتقه عن المشترى أو أطلق فلا خلاف فى الصحه،و ان شرط عتقه عن البائع،فقولان:

أصحهما العدم،

لقوله-عليه السلام-

«لا عتق إلا فى ملك» (۲). و البائع ليس مالكا و عن التذكره الحكم بالجواز.

و لو مات العبد قبل العتق كان للبائع الخيار أيضا،فإن اختار الفسخ رجع بجميع القيمه.

و فى تعيين وقتها أقوال تقدم نقلها فى الموضع الثالث من المسأله السابعه من المقام الثالث فى العوضين (۳)-و رد ما قبضه من الثمن لبطلان البيع بالفسخ، و انما يرجع بالقيمه،لأنه مضمون-على المشترى بعد القبض.

أما لو اختار الإمضاء فهل يرجع على المشترى بما يقتضيه شرط العتق من القيمه، فإنه يقتضى نقصانا من الثمن أم يلزم مع اجازه ما عين من الثمن خاصه قولان (۴)

۱- ۱) ج ۱ ص ۱۳۳.

۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۲۱۷.

۳- ۳) ج ۱۸ ص ۴۶۸.

۴- ۴) أحدهما ما ذهب إليه العلامه و جماعه،و هو الأول. و ثانيهما ما يظهر من الدروس محتجا عليه بان الشروط لا يوزع عليه الثمن و رد بأن الثمن لم يوزع على الشرط بحيث يجعل بعضه مقابلا له،و انما الشرط محسوب مع الثمن،و قد حصل باعتباره نقصان فى القيمه،و طريق تداركه ما ذكر و طريق معرفه ما يقتضيه الشرط أن يقوم العبد بدون الشرط،و يقوم معه، و ينظر التفاوت بين القيمتين،و ينسب إلى القيمه التى هى مع شرط العتق، و يؤخذ من المشترى مضافا الى الثمن بمقدار تلك النسبه من الثمن. فلو كانت قيمته بدون الشرط مائه و معه ثمانين فالتفاوت بعشرين و نسبتها الى الثمانين الربع فيؤخذ من المشترى مقدار ربع الثمن مضافا اليه و ذلك هو الذى سامح به البائع فى مقابله شرط العتق منه-قدس سره.

و لو شرط أن لا خساره على المشترى لو باع المبيع بل على البائع فخسر،فان هذا الشرط باطل،لمنافاته لمقتضى البيع.

و يدل عليه روايه

عبد الملك بن عتبه (۱)قال:

«سألت أبا الحسن(عليه السلام) عن الرجل ابتاع منه متاعا على ان ليس على منه و ضيعه هل يستقيم هذا و كيف يستقيم و حد ذلك؟قال:لا ينبغى». و لفظ لا ينبغى و ان كان فى العرف الان بمعنى الكراهه،الا أن وروده بمعنى التحريم فى الاخبار أكثر كثير،و المراد منه هنا ذلك.

و لو شرط فى البيع ان يضمن انسان كل الثمن أو بعضه جاز،كما صرح به جمله من الأصحاب، و كل شرط لم يسلم لمشترطه بان امتنع المشروط عليه من الوفاء به،فهل الواجب جبره على الوفاء به؟-لعموم الأمر بالوفاء بالعقد (۲)الدال على الوجوب،

و قولهم (عليهم السلام)

«المؤمنون عند شروطهم» (۳). الدال على وجوب الوفاء بالشرط، فعلى هذا لو امتنع من الوفاء بالشرط أثم و عوقب بتركه و وجب إجباره على ذلك، و لو لم يمكن إجباره رفع الأمر إلى الحاكم الشرعى ليجبره عليه،ان كان مذهبه ذلك و ان تعذر فسخ إنشاء.

أو انه لا يجب على المشروط عليه،لأن الأصل عدم الوجوب،و للمشروط له وسيله إلى التخلص بالفسخ،فغايه الشرط حينئذ جعل البيع اللازم عرضه للزوال عند فقد الشرط،و لزومه عند الإتيان به،قولان:أظهرهما الأول لما عرفت من حجج القولين.

و يؤكده أيضا انه فى مثل شرط العتق فيه حق لله سبحانه و للعبد،فكيف إبطاله.

ص:۶۹

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۲۳۸ الرقم ۶۲.

۲- ۲) سوره المائده الآيه ۱.

۳- ۳) الوسائل الباب ۲۰-من أبواب المهور الحديث ۴.

و عن الشهيد فى بعض تحقيقاته تفصيل فى هذا المقام،و هو ان الشرط الواقع فى العقد اللازم ان كان العقد كافيا فى تحققه،و لا يحتاج بعده إلى صيغه فهو لازم لا يجوز الإخلال به كشرط الوكاله فى العقد،و ان احتاج بعده إلى أمر آخر وراء ذكره فى العقد كشرط العتق فليس بلازم،بل يقلب العقد اللازم جائزا،و جعل السر فيه ان اشتراطه للعقد كاف فى تحققه كجزء من الإيجاب و القبول فهو تابع لهما فى اللزوم و الجواز،و اشتراط ما سيوجد أمر منفصل عن العقد،و قد علق عليه العقد و المعلق على الممكن ممكن،و هو معنى قلب اللازم جائزا.

و استحسن هذا التفصيل فى المسالك،لكنه اختار القول الأول و هو الأظهر كما عرفت،و هذا التفصيل من حيث الاعتبار بالتقريب الذى ذكره لا يخلو من وجه،لكن قد عرفت-فى غير موضع ما تقدم ان بناء الأحكام الشرعيه على هذه الاعتبارات العقليه مشكل،و القول الأول مطابق لمقتضى النصوص كما عرفت و الله العالم.

الثالثه [انتقال الخيار إلى الوراث] :

قد صرح الأصحاب-رضى الله عنهم-بأنه إذا مات من له الخيار انتقل الى وارثه،من أى أنواع الخيار كان،و الوجه فيه أنه حق مالى قابل للانتقال فيدخل تحت عموم الأخبار الداله على إرث مثل ذلك،و حينئذ فلو كان الخيار خيار شرط ثبت للوارث فى بقيه المده المضروبه،و لو كان غائبا أو حاضرا و لم يبلغه الخبر حتى انقضت مده الخيار سقط خياره بانقضاء المده كالمورث.

و ان كان خيار غبن اعتبر فيه الفوريه حين بلوغه الخبر و علمه بالفوريه على القول بها و ان طالت المده.

و ان كان خيار مجلس و كان الوارث حاضرا فى مجلس البيع قام مقامه فى الخيار و فيه تأمل،لدلاله ظاهر الاخبار على تعلق ذلك بالبيعين الذين أوقعا العقد،و على تقدير قيامه مقامه،فهل يقوم مقامه فى اعتبار التصرف،أو يبقى الحكم معلقا على المفارقه من الميت أو الوارث وجهان.

رجح ثانيهما فی المسالک قال:عملا بظاهر النص فان ضمير يتفرقا عائد إلی المتبايعين،و التفرق هنا يصدق بانتقال الحی،و بنقل الميت مع عدم المصاحبه، و معها يبقی الی ان يتفرقا.

و اما احتمال سقوط الخيار بالموت لأن مفارقه الدنيا أبعد من مفارقه المجلس فقد تقدم ما فيه فی قسم خيار المجلس.

هذا كله مع اتحاد الوارث،فلو تعدد فی كل من هذه الأقسام فإن اتفقوا فلا اشكال و ان فسخ بعضهم،و أجاز الأخر،قدم الفاسخ عند الأصحاب و فی انفساخ الجميع أو فی حصته خاصه،ثم يتخير الأخر لتبعض الصفقه وجهان:

و فی خيار المجلس مع عدم حضورهم جميعا للمجلس اشكال.

و بالجمله فإن أكثر هذه الفروع لا يخلو عن الاشكال و الله العالم.

الرابعه [كيفيه التملک بالعقد مده الخيار] :

المشهور بين الأصحاب-رضی الله عنهم-ان المبيع يملک بالعقد ملكا متزلزلا قابلا للفسخ مده الخيار.و نقل عن الشيخ أنه انما يملک بانقضاء الخيار إذا كان الخيار للبائع أو لهما،أما لو كان للمشتری فإنه يملک من حين العقد.

و عن ابن الجنيد أنه انما يملک بانقضاء الخيار مطلقا،و ربما نقل الإطلاق عن الشيخ أيضا،الا ان عبارته فی الخلاف داله علی التفصيل المتقدم،لكن ظاهرها انما هو زوال ملک البائع عن المبيع بنفس العقد،متی كان الخيار للمشتری،و أنه لا ينتقل إلی المشتری حتی ينقضی الخيار،فإذا انقضی ملكه بالعقد الأول،و هذا خلاف ما نقلوه عنه،من أنه متی كان الخيار للمشتری فإنه يملک من حين العقد.

و مقتضی ما نقلناه عنه فی الخلاف ان الفرق بين الأمرين انما هو باعتبار زوال ملک البائع،و انه لا يزول فی صوره ما لو كان الخيار له أو لهما،و يزول فيما كان الخيار للمشتری،و أما المشتری فإنه لا يملكه و لا ينتقل اليه الا بانقضاء الخيار مطلقا.

و هذه صوره عبارته فی الكتاب ننقلها ليزول بذلک عما ذكرناه شبهه الشک و الارتياب.

ص: ٧١

قال-رحمه الله:العقد يثبت بنفس الإيجاب و القبول فان كان مطلقا فإنه يلزم بالافتراق بالأبدان،و ان كان مشروطا فإنه يلزم بانقضاء الشرط،فان كان الشرط لهما أو للبائع،فإذا انقضى الخيار ملك المشترى بالعقد المتقدم،و ان كان الخيار للمشترى و حده زال ملك البائع عن الملك بنفس العقد،لكنه لا ينتقل إلى المشترى حتى ينقضى الخيار فإذا انقضى ملك المشترى بالعقد الأول-انتهى.

و مقتضاه انه فى صوره ما إذا كان الخيار للمشترى وحده زال ملك البائع عن المبيع بنفس العقد،و يبقى المبيع مده الخيار بلا مالك لزوال ملك البائع بنفس العقد،و عدم دخوله فى ملك المشترى حتى ينقضى الخيار،و لم أقف على من تنبه لذلك من عبارته مع انها ظاهره فيما قلناه (۱).

ص: ۷۲

۱- ۱) نعم قد وقفت فى كلام شيخنا الشهيد فى كتاب غايه المراد فى شرح نكت الإرشاد ما يؤيد على ما قلناه حيث قال:بعد ذكر آخر عباره الشيخ المتقدمه و هذا الكلام يشم منه التناقض،لكون الملك لا يخلو عن مالك، و لا مالك غيرهما قطعا،و قد زال ملك البائع مع الحكم بعدم انتقاله إلى المشترى مع أنه إذا لم ينتقل اليه كان ملكا للبائع،فيكون ملك البائع زائلا غير زائل و ملك المشترى ثابتا غير ثابت،و انه تناقض. ثم أجاب عن ذلك فقال قد يجاب بأن الموقوف هو الملك المستقر،و على هذا يرتفع الخلاف انتهى،و هو جيد. و بالجمله فالأمر دائر بين العمل بكلام الشيخ بناء على ظاهره الذى نقله الأصحاب عنه،و اللازم منه ما عرفت من الإشكال فى الموردين المذكورين و بين تأويل كلامه بما ذكر من الملك المستقر و به يرجع الى كلام الأصحاب. و يزول الخلاف من البين بمعنى ان العقد سبب تام فى الملك غايه ما فى الباب انه متزلزل فى موضع الخيار حتى يسقط فرفع الخيار موجب للقرار لا جزء عله نقله للملك(منه قدس سره).

و فيه أيضا ان مقتضى ما ذكره فى صوره ما لو كان الخيار مشتركا أو للبائع خاصه من جعل ملك المشترى معلقا على انقضاء الخيار،و انه ينبغى أيضا ان يكون ملك البائع الثمن أيضا معلقا على ذلك،و متوقفا عليه،و هذا اشكال آخر فى العباره المذكوره.

ثم انه على تقدير هذا القول مطلقا أو مقيدا كما ذكروه،فهل يكون انقضاء الخيار مع عدم الفسخ كاشفا عن ملك المشترى من حين العقد أم ناقلا؟كل محتمل و لكن ظاهر عباره الشيخ المذكوره الأول.

و يظهر فائده الخلاف فى مواضع:

منها النماء المنفصل كاللبن و الحمل و الثمره المتجدده زمن الخيار،فإنه على القول المشهور و كذا على القول بالكشف إذا لم يفسخ يكون للمشترى و على القول بالنقل يكون للبائع.

و منها-الأخذ بالشفعه زمن الخيار،فعلى تقدير عدم الانتقال لا يأخذ بها الا بعد الخيار،و على تقدير الانتقال يأخذ بها من بعد العقد.

و منها-جريانه فى حول الزكاه لو كان زكويا،فإنه بعد العقد على تقدير الانتقال به،و بعد الخيار على تقدير القول الأخر.

إذا عرفت ذلك فاعلم ان ما ذكروه من الحكم المذكور غير مطرد بالنظر الى الاخبار،فإنها مختلفه فى ذلك بالنسبه إلى اختلاف الخيارات،ففى بعضها ما يوافق المشهور و فى بعض آخر ما يوافق القول الأخر.

فمن الأخبار الداله على الأول الاخبار الوارده فى خيار الشرط،و قد تقدمت فى الموضع المذكور كموثقه إسحاق بن عمار، (1)و روايه معاويه بن ميسره، (2)فإنهما صريحتان فى كونه زمن الخيار ملكا للمشترى،و انه لو تلف فى تلك المده كان

1- 1) الكافى ج 5 ص 171.

2- 2) الوسائل الباب-8-من أبواب الخيار الرقم-3.

من ماله،و يحمل عليهما ما أطلق من اخبار المسأله.

و يؤيده أيضا ان المتبايعين أقدما على ان يكون المبيع للمشترى،و انما شرطا خيارا فى مده معينه،فالبيع على اللزوم كما هو مقتضاه،و ليس للبائع إلا مجرد الخيار.

و من الاخبار الداله على القول الأخر

صحيحه ابن سنان- (۱)المتقدمه فى القسم الثانى فى خيار الحيوان الداله على أنه

«إذا اشترى الدابه أو العبد و اشترط الى يوم أو يومين،فيموت العبد أو الدابه أو يحدث فيه حدث،فضمان ذلك على البائع حتى ينقضى الشرط،و يصير المبيع للمشترى». فإنها ظاهره فى عدم الملك للمشترى،و ان كان الأصحاب حملوها على استقرار الملك.

و موثقه عبد الرحمن بن أبى عبد الله (۲)قال:

«سألت أبا عبد الله(عليه السلام) عن رجل اشترى أمه بشرط من رجل يوما أو يومين،فماتت عنده،و قد قطع الثمن على عن يكون الضمان؟فقال:ليس على الذى اشترى ضمان حتى يمضى بشرطه».

و الجواب عنه بعدم علمه بخيار الحيوان أو التأكيد أو بعد الثلاثه تكلف بعيد عن سياق الخبر.

و مرسله ابن رباط (۳)عمن رواه عن أبى عبد الله(عليه السلام) قال:

«ان حدث بالحيوان حدث قبل ثلاثه أيام فهو من مال البائع».

و روايه عبد الله بن الحسن (۴)بن زيد بن على بن الحسين(عليه السلام)عن أبيه عن جعفر بن محمد(عليه السلام)قال:قال رسول الله(صلى الله عليه و آله):

فى رجل اشترى عبدا بشرط ثلاثه أيام،فمات العبد فى الشرط،قال:يستحلف بالله ما رضيه و هو برىء من الضمان.

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۱۶۹ الوسائل الباب ۵-من أبواب الخيار.

۲- ۲) الكافى فى ج ۵ ص ۱۷۱.

۳- ۳) الوسائل الباب-۵-من أبواب الخيار الرقم-۵.

۴- ۴) الوسائل الباب-۵-من أبواب الخيار الرقم-۴.

و هی ظاهره کما تری فی أن موت الحیوان فی الشرط من البائع،الا أن یلتزم المشتری بالبیع المسقط للخیار.

و بالجمله فروایات خیار الحیوان کما تری مشترکه فی ان تلفه مده الخیار من مال البائع.

و هو خلاف ما علیه القول المشهور،من ان المبیع ملک المشتری الموجب لکون التلف من ماله.و خلاف ما نقلوه عن الشیخ من أنه متی کان الخیار للمشتری،فإنه یوافق القول المشهور فی هذه الصوره،مع ان الخیار هنا للمشتری کما هو الأشهر الأظهر.

و هذه الاخبار انما تصت علی قول ابن الجنید،و أن مضی مده الخیار ناقل لا کاشف،مع أنه قول مرغوب عنه فی کلامهم.

و قد تقدم فی قسم خیار التأخیر ذکر روایه عقبه ابن خالد (1)الداله علی تلف المتاع عند البائع،و انه مضمون علی البائع حتی یقبضه المشتری،مع أن مقتضی قاعدتهم و قولهم أن المبیع یملک بالعقد هو کونه من ملک المشتری،لخروجه بالعقد عن ملک البائع،و کونه ملکا للمشتری،و أما البناء ثمه علی ما ذکروه من قاعده التلف قبل القبض موجب للضمان علی البائع.

ففیه انه لا مستند شرعیا لهذه القاعده،و لعل قول الشیخ المفید و المرتضی و من تبعهما ثمه بکونه من مال المشتری،التفاتا الی هذه القاعده المذکوره هنا من حصول الملک بالعقد،فإنه موجب لذلک الا أن الروایه کما تری بخلاف ذلک.

و من ذلک یظهر ان الاولی و الألیق هو الوقوف فی کل حکم علی ما یقتضیه النصوص المتعلقه بذلک الحکم،و عدم الوثوق بهذه القواعد التی یؤسوها.

و الله العالم.

الخامسه [تلف المبیع قبل القبض]

-قالوا إذا تلف المبیع قبل قبضه،فهو من مال بایعه،و المراد انه ینفسخ

1- 1) الکافی ج 5 ص 171.

العقد بتلفه من حينه،و يرجع الثمن الى ملك المشترى،و لو كان قد تجدد له نماء بعد العقد و قبل التلف فهو للمشترى،و ليس للمشترى مطالبه البائع بالمثل أو القيمه،و ان كان الحكم بكونه من البائع يوهم ذلك.

و انما عبروا بذلك تبعا للنص(۱)و المراد منه ما ذكر،و حينئذ فيقدر دخوله فى ملك البائع قبل التلف آنا ما و يكون التلف كاشفا عنه،و مثله دخول الديه فى ملك الميت، و العبد المأمور بعتقه فى ملك المعتق عنه.

و حكى فى التذكره وجها بان الفسخ هنا يكون من أصله،و عليه فلا يحتاج الى التقدير.

هذا كله إذا كان تلفه من الله سبحانه،أما لو كان من أجنبى أو من البائع تخير المشترى بين الرجوع بالثمن و بين مطالبه المتلف بالمثل أو القيمه،و لو كان التلف من المشترى و لو بتفريطه فهو بمنزله القبض،فيكون التلف منه و لو كان التلف فى زمن الخيار.

فإنه قد قرر له فى المسالك ضابطه،و هى ان المتلف ان كان هو المشترى فلا ضمان على البائع مطلقا،لكن ان كان له خيار أو لأجنبى فاختار الفسخ يرجع الى المشترى بالمثل أو القيمه.

و ان كان التلف من البائع أو من أجنبى تخير المشترى بين الفسخ و الرجوع بالثمن،و بين مطالبه المتلف بالمثل أو القيمه ان كان له خيار،و ان كان الخيار للبائع

ص :۷۶

و المتلف أجنبى،تخير كما مر و رجع على المشترى أو الأجنبى.

و ان كانت التلف بآفه من الله تعالى سبحانه،فان كان الخيار للمشترى أو له أو لأجنبى،فالتلف من البائع،و الا فمن المشترى،هذا خلاصه كلامهم فى هذا المقام.

و أنت خبير بان ما ذكر من الكلام فى هذا المقام مبنى على ثبوت القاعده القائله«بأن التلف قبل القبض مضمون على البائع»مع انها معارضه بالقاعده الأخرى المتقدمه القائله«بأن المبيع يملك بالعقد».

و التفصى عن المعارضه بما ذكر هنا من ان المراد بكونه من مال البائع انه ينفسخ العقد بتلف المبيع من حينه،بمعنى انه يقدر دخوله فى مال البائع آنا ما قبل التلف و يكون التلف كاشفا عنه-لا يظهر له وجه من النص الوارد فى هذه المسأله،و هو خبر عقبه بن خالد المتقدم،بل ظاهره انما هو ما نقل عن العلامه من الوجه المتقدم، و هو ان الفسخ يكون من أصله و به يحصل الاشكال لتصادم القاعدتين فى المقام.

و الى ما ذكرنا هنا يشير كلام المحقق الأردبيلى-رضوان الله عليه-فى شرح الإرشاد-حيث قال:بعد كلام فى المسأله مماشاه للجماعه-ما لفظه«فتأمل فإن الأمر مشكل لكون الملك للمشترى مثلا قبل القبض فى زمن الخيار على ما مر و بعده،و البائع غير مقصر،و القاعده تقتضى كونه من ماله و ايضا قالوا ان المراد بكونه من مال البائع فسخ العقد،فيكون التالف من مال البائع مثلا و فى ملكه،و ليس للمشترى الا الثمن أو مثله لو أعطاه،و ليس له طلب مثل المبيع و قيمته،و النماء الحاصل الى حين التلف أيضا مثل الولد و الكنز الذى وجده المملوك و المال الذى وهب له و قبل و قبض،و قال:و هو مشكل أيضا إذا كان ملكا للمشترى و تلف كيف يصير التلف فى ملكه،فقيل بتجدد الملك للبائع قبل الهلاك بجزء لا يتجزى من الزمان،مثل دخول العبد المأمور بعتقه فى ملك المعتق عنه،و دخول

الدیه فی ملک المیت،فتأمل فیه»انتهی کلامه (۱)و هو جید و ان کانت عباراته لا تخلو من تعقید من حیث غلبه الاعجمیه علیه.

و بالجمله فالواجب هو الوقوف علی الروایات فی کل حکم حکم کما قدمنا ذکره،و الروایات المتعلقه بهذه المسأله هی ما قدمنا ذکر بعضها فی المسأله المتقدمه،و أشرنا إلی البعض الآخر فیما تقدم،و هی أخبار خیار الشرط الداله علی کون المبیع ملکا للمشتری،و أن تلفه منه،و اخبار خیار الحیوان المتقدمه علی ان تلفه فی زمن الخیار من ملک البائع،و خبر عقبه بن خالد (۲)الدال علی کون التلف من ملک البائع،و عدم البناء و علی هذه القاعده التی لا مستنده لها من النصوص و کل ما یتفرع علیها من الفروع الا ما اقتضته قواعد آخر من الاخبار،و الله العالم.

۱- ۱) أقول:و حاصل هذا الکلام یرجع الی ملاحظه القاعده الداله علی أنه بالعقد یدخل المبیع فی ملک المشتری،و الجمع بینها و بین القاعده المذکوره هنا،و هی«ان تلف المبیع قبل القبض من مال البائع»بأن یقال:انه بالتلف ینفسخ البیع من حینه،و یرجع المبیع الی ملک البائع، و الثمن الی ملک المشتری،فیقدر دخوله فی ملک البائع آنا ما قبل التلف و یکون التلف کاشفا عنه،و لا ینافی ذلک کونه قبل ذلک ملکا للمشتری، و ان له نماؤه. و من أجل ذلک انه لا یرجع المشتری بالمثل أو القیمه لخروجه عن ملکه قبل التلف،و صیرورته للبائع فی ذلک الآن المقدر،و انما یرجع بالثمن لبطلان البیع.منه رحمه الله.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۷۱.

الفصل الثالث فی أحكام العيوب

اشاره

و فيه مسائل

الأولى [اقتضاء العقد السلامه]

-قد صرح غير واحد منهم(رضى الله عنهم)بان مقتضى العقد السلامه، و المراد من ذلك هو اللزوم معها،و الخيار مع عدمها،الا ما ربما يتسارع الى الذهن من وقوع العقد على السالم دون المعيب،و الا لزم البطلان لو ظهر معيبا مع وقوع البيع على معين،و مع الإطلاق يجب طلب السالم ان وجد،و الا بطل العقد ان حصل اليأس منه،و لا يكون المعيب داخلا تحت العقد و لا موردا له.و هو خلاف ما عليه الاتفاق نصا و فتوى.

و لو شرطا الصحه فهو لا يزيد على مقتضى العقد،فإن فائدته التأكيد،لأنك قد عرفت ان الإطلاق يقتضى السلامه لأنها الأصل فی الأعيان.

و ربما قيل:ان فائدته جواز الفسخ و ان تصرف لو ظهر عيب،فيفيد فائده زائده على الإطلاق،كاشتراط الحلول.

و كيف كان فان ظهر فی المبيع عيب سابق على العقد،تخير المشترى بين الرد و الأخذ بالأرش،و قد تقدمت الأخبار الوارده فی ذلك،الا أنها كما أشرنا إليه آنفا قاصره عن ذلك،و انما تدل على الرد مع ظهور العيب قبل التصرف،و الأرش

بعد التصرف-الا ما عرفت من عباره الفقه الرضوی و قد تقدمت أیضا مسقطات هذا الخیار،و الاخبار الداله علیه.

و منها التصرف قبل العلم بالعیب أو بعده،فإنه یسقط به الخیار إلا فی موضعین قد صرحوا باستثنائهما.

أحدهما:إذا اشتری أمه و وطأها ثم ظهرانها کانت حاملا-فان له الرد،و من المعلوم ان الحمل عیب،لأنه زیاده معرضه للتلف و مانعه من بعض الانتفاعات فی الجمله.

و لا شک أیضا أن الوطی تصرف،فمقتضی القاعده عدم جواز الرد حینئذ،بل الاقتصار علی الأرش کما فی غیر هذا الموضع من التصرفات مع ظهور العیب، لکن قد ورد استثناء هذا الموضع من القاعده،و ظاهر الأصحاب الاتفاق علی ذلک ایضا.

و من الاخبار الداله علی أن حکم الجاریه إذا ظهر بها عیب غیر الحمل حکم غیرها-من أفراد تلک القاعده المشار إلیها-ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن طلحه ابن زید (۱)عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«قضی أمیر المؤمنین(علیه السلام)فی رجل اشتری جاریه فوطأها ثم وجد فیها عیبا،قال:تقوم و هی صحیحه،و تقوم و بها الداء،ثم یرد البائع علی المبتاع فضل ما بین الصحه و الداء».

و ما رواه فیهما أیضا

فی الصحیح عن منصور بن حازم (۲)عن أبی عبد الله(ع)

«فی رجل اشتری جاریه فوقع علیها و قال:ان وجد فیها عیبا فلیس له أن یردها، و لکن یرد علیه بقیمه ما نقصها العیب»قال:قلت:هذا قول علی علیه السلام؟قال:نعم».

و ما رواه

فی التهذیب عن عبد الرحمن بن أبی عبد الله (۳)قال:

«سمعت أبا عبد الله

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۱۴ التهذیب ج ۷ ص ۱۶ و فی التهذیب(و فیها).
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۱۴ التهذیب ج ۷ ص ۱۶ و فی التهذیب(و فیها).
۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۶۰ الوسائل الباب ۴۰ من أبواب أحکام العیوب.

(علیه السلام)یقول:أیما رجل اشتری جاریه فوقع علیها فوجد بها عیبا لم یردها و رد البائع علیه قیمه العیب».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب فی الصحیح عن محمد بن مسلم (۱)عن أحدهما (علیهما السلام)

«أنه سئل عن الرجل یبتاع الجاریه فیقع علیها،ثم یجد بها عیبا بعد ذلک قال:لا یردها علی صاحبها،و لکن یقوم ما بین العیب و الصحه فیرد علی المبتاع، معاذ الله أن یجعل لها أجرا».

و ما رواه

فی الفقیه عن میسره، (۲)عن ابی عبد الله(علیه السلام) قال:

«کان علی(علیه السلام)لا یرد الجاریه بعیب إذا وطئت،و لکن یرجع بقیمه العیب،و کان علی(علیه السلام)یقول:معاذ الله أن أجعل لها اجرا».

و ما رواه

فی التهذیب عن حماد بن عیسی فی الصحیح (۳)قال:

«سمعت أبا عبد الله(علیه السلام)یقول:قال علی بن الحسین:کان القضاء الأول فی الرجل إذا اشتری الأمه فوطأها ثم ظهر علی عیب أن البیع لازم و له أرش العیب.».

و هذه الاخبار کما تری جاریه علی مقتضی القاعده المذکوره،و إطلاقها شامل لما إذا کان العیب حملا أو غیره،الا انه قد وردت الاخبار باستثناء الحمل من حکم العیب المذکور هنا مع الإجماع علیه.

و من الاخبار الداله علیه

فی الکافی و التهذیب فی الصحیح عن ابن سنان (۴)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن رجل اشتری جاریه حبلی و لم یعلم بحبلها فوطأها،قال:یردها علی الذی ابتاعها منه،و یرد علیه نصف عشر قیمتها لنکاحه إیاها،

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۱۵ التهذیب ج ۷ ص ۶۱ الوسائل الباب ۴ من أبواب أحکام العیوب.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۱۳۹ و فیه عن محمد بن میسر الوسائل الباب ۴ من أبواب أحکام العیوب.

۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۶۱ الوسائل الباب ۴ من أبواب أحكام العيوب.
۴- ۴) الكافى ج ۵ ص ۲۱۴ التهذيب ج ۷ ص ۶۱.

و قد قال علی(علیه السلام)لا ترد التی لیست بحبلی إذا وطأها صاحبها و یوضع عنه من ثمنها بقدر عیب ان کان فیها».

و ما روياه فيهما أيضا

عن عبد الملک بن عمرو (۱)عن ابی عبد الله(علیه السلام) قال:

«لا ترد التی لیست بحبلی إذا وطئها صاحبها و له أرش العیب،و ترد الحبلی و یرد معها نصف عشر قیمتها».

و زاد فی الکافی قال:و فی روایه اخری

«ان کانت بکرا فعشر ثمنها،و ان لم تکن بکرا فنصف عشر ثمنها».

و ما رواه

فی التهذیب عن فضیل مولی محمد بن راشد (۲)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن رجل باع جاریه حبلی و هو لا یعلم،فنکحها الذی اشتری، قال:یردها و یرد نصف عشر قیمتها».

و رواه بسند آخر صحیح (۳)مشتمل علی إرسال ابن ابی عمیر عن سعید بن یسار عن أبی عبد الله(علیه السلام)مثله.

و بإزاء هذه الاخبار ما یدل علی معارضتها فیما دلت علیه من وجوب رد نصف العشر.

و منها ما رواه

فی الفقیه و الشیخ فی التهذیب عن عبد الرحمن بن أبی عبد الله (۴)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن رجل یشتری الجاریه فیقع علیها فیجدها حبلی قال:یردها و یرد معها شیئا».

و ما رواه

المشایخ الثلاثه فی الصحیح عن محمد بن مسلم (۵)عن أبی جعفر (علیه السلام)

فی الرجل یشتری الجاریه الحبلی فینکحها و هو لا یعلم؟قال:یردها و یکسوها».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۱۴ و فیه(بن عمیر)التهذیب ج ۷ ص ۶۲.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۶۲.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۶۲.

۴- ۴) الفقیه ج ۳ ص ۱۳۹ التهذیب ج ۷ ص ۶۲.

۵- ۵) الکافی ج ۵ ص ۲۱۵ التهذیب ج ۷ ص ۶۲ الفقیه ج ۳ ص ۱۳۹.

و ما رواه

فی التهذیب (۱)عن عبد الملک بن عمرو عن أبی عبد الله(علیه السلام)

«فی الرجل یشتری الجاریه و هی حبلی فیطأها قال:یردها،و یرد عشر ثمنها».

و الشیخ(رحمه الله)حمل الشیء فی الحدیث الأول علی نصف العشر،و کذا الکسوه فی الحدیث الثانی علی ما یکون قیمتها ذلک.

و احتمل بعض مشایخنا حملها علی ما إذا رضی البائع بهما.

و اما الحدیث الثالث فحمله فی التهذیب علی غلط الراوی و الناسخ،بإسقاط لفظ«نصف»لیطابق ما رواه هذا الراوی بعینه و غیره،ثم قال:و لو کانت الروایه مضبوطه لجاز ان تحمل علی من وطأ الجاریه مع العلم بأنها حبلی،فحینئذ یلزمه عشر قیمتها عقوبه، و انما یلزمه نصف العشر إذا لم یعلم بحبلها و وطأها ثم علم بالحبل،انتهی.

و کتب علیه بعض مشایخنا (۲)فی الحاشیه ما صورته:أنت خبیر بأن هذا لیس ببعید من جهه اللفظ،لکن الحکم بالرد و الحال هذه مشکل.انتهی (۳)

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۶۲ الکافی ج ۵ ص ۲۱۵ و فی بعض النسخ ابن عمیر.

۲- ۲) هو الشیخ علی بن سلیمان البحرانی(قدس سره)فی حواشیه علی الکتاب. منه رحمه الله.

۳- ۳) قال المحقق الأردبیلی(قدس سره)فی شرح الإرشاد:و لو لا الإجماع لأمکن الجمع بینهما بحمل ما فیه العشر و نصف العشر علی الاستحباب،و الباقیه علی کفایه ما یصدق علیه الشیء و الکسوه،و فیه من البعد ما لا یخفی،و لو تم هذا لأمکن أیضا القول بحمل الرد فی هذه الاخبار علی الاستحباب لو لا الإجماع،لمعارضتها بما ذکرناه من الاخبار الوارده علی أن وطء الأمه ثم ظهور العیب فیها انما یوجب الأرش خاصه، کما هو مقتضی القاعده المعتضده بالاتفاق و النصوص،مع انه لا یقول به، منه رحمه الله.

أقول:نقل فی الدروس (۱)عن الحلبی وجوب رد العشر فی الصوره المذکوره،و حینئذ فتصلح هذه الروایه دلیلا له.

و عن ابن إدریس التفصیل بالبکاره و الثیوبه،و یمکن حمل هذه الروایه أیضا علی ذلک،و ان ندر الفرض.

قال بعض أصحابنا:و لا استبعاد فی اجتماع البکاره مع الحمل،فإنه ممکن و ان کان نادرا.انتهی.و حینئذ فلا یبعد حمل الروایه علی أنها کانت بکرا و ان ندر الفرض، لجواز حصول الحمل بالمساحقه و الجماع فی الدبر کما صرحوا به،و یؤیده مرسله الکافی المتقدمه.

قال بعض محققی متأخر المتأخرین:و لزوم نصف العشر فی أکثر الأخبار مبنی علی ما هو الغالب من ثیوبه الحبلی،فان کانت بالفرض النادر بکرا فعلیه أن یرد معها عشر قیمتها لما مر فی النکاح من أن قیمه بضع الأمه الباکره انما هو العشر.انتهی.

و فی الدروس عن ابن الجنید التقیید بکون الحمل من المولی،قال:و یلوح من النهایه.

۱- ۱) قال فی الدروس:و لو وطئ ما بعد العلم بالحمل فعلیه الأرش و یظهر من التهذیب جواز الرد و یلزمه عشر قیمته عقوبه،و جعله محتملا للروایه،و أکثر الأخبار مقیده بعدم العلم.انتهی. و هو ما أشار إلیه شیخنا المذکور فی الأصل من الاشکال،و ظاهرهم رضوان الله علیهم أن التصرف بالوطء بعد العلم بالحبل انما یوجب الأرش خاصه دون الرد،و الرد وجوب نصف العشر انما هو موضع الجهل. و الظاهر أن المستند فیه الوقوف علی ظواهر نصوص المسأله من الجهل بالحمل،لأنها علی خلاف القاعده المقرره المؤیده بالاخبار و الاتفاق، فیقتصر محل الخلاف علی مورد النص-منه قدس سره.

أقول:و هو ظاهر اختيار العلامه فى المختلف،و يرد عليه أولا أنه يدافع إطلاق النصوص المتقدمه،فإن ظاهرها وجوب الرد فى الصوره المذكوره،سواء كان الحمل من المولى أو من غيره.

و ثانيا-أنه لا وجه للتقييد بالتصرف بالوطء،بل اللازم هو الرد على كل حال، لبطلان البيع بظهور كونها أم ولد.

و كيف كان فالأظهر هو القول المشهور للأخبار المتقدمه،و ارتكاب التأويل فيما عارضها بأحد الوجوه المذكوره.

و لشيخنا فى المسالك هنا كلام جيد فى المقام لا بأس بنقله،و ان طال به زمام الكلام لما فيه من الفوائد الجمه الظاهره لذوى الأفهام،قال رحمه الله بعد ذكر المصنف أصل المسأله،ما صورته:تحرير هذه المسأله يتوقف على مقدمات:

الاولى-أن تصرف المشترى فى المبيع المعيب يمنع من رده،و ان جاز له أخذ الأرش.

الثانيه-أن الحمل فى الأمه عيب سواء شرط خلوها عن الحمل أم لا،و لان ولادتها تشتمل على الخطر،و هو نقص محض ان قلنا أن الحمل لا يدخل فى بيع الأمه كما هو المشهور،و الا كان نقصا من وجه،و زياده من وجه،و هو كاف فى ثبوت الخيار أيضا.

الثالثه-أن الوطى تصرف بل هو من أقوى أنواع التصرف و الأصل فيه أن يكون مانعا من الرد.

الرابعه-أن وطئ المالك حال الوطى لا يستعقب عليه ضمانا للبضع،لانه تصرف فى ماله و ان فسخ المبيع بعد ذلك بوجه من الوجوه المجوزه له.

الخامسه-أن المولى لو وطأ أمته جاز له بيعها مع عدم تيقن الحمل،ثم و ان ظهر بها حمل منه تبين بطلان البيع لكونها أم ولد،و هذه المقدمات كلها إجماعيه.

السادسه-أن وطأ أمه الغير جهلا بتحريمه يوجب على الواطئ عشر قيمتها ان كانت بكرا و نصف العشر،ان كانت ثيبا،لدلاله النصوص على هذا التقدير.

ص :٨٥

السابعه-أن الفسخ بالعيب يبطل العقد من حينه لأمن أصله،لتحقق الملک بالعقد، و جواز الاستمرار علیه،فلا معنی لرفع ما قد ثبت. (۱)

إذا تقرر هذه المقدمات فنقول:إذا اشتری أمه و تصرف فیها ثم علم بعیب سابق لم یجز له ردها،بل یتعین الأرش،لکن وردت النصوص هنا باستثناء مسأله-و هی ما لو کان العیب حبلا،و کان التصرف بالوطء فإنه حینئذ یردها و یرد معها نصف العشر لمکان الوطی.

و هذا الحکم کما تری مخالف لهذه المقدمات من حیث جواز الرد مع التصرف و فی وجوب شیء علی المشتری مع أنه وطأ أمته،و فی إطلاق وجوب نصف العشر مع أن ذلک عقر الثیب،و المسأله مفروضه فیما هو أعم منها.

۱- ۱) أقول:هذا مبنی علی أن المبیع بالعقد ینتقل إلی المشتری،و أن الانتفاعات و النماء فی مده الخیار له و ان رد المبیع بالعیب بعد ذلک،إلا أنک عرفت مما سبق أن النصوص مختلفه فی ذلک،و اخبار خیار الحیوان متفقه علی أن تلفه فی زمن الخیار من مال البائع،و هو مؤذن بعدم الانتقال للمشتری،و لهذا نقل عن بعض الأصحاب أن المبیع زمن الخیار و النماء للبائع،و حینئذ فلا استبعاد هنا بأن الفسخ بالعیب یبطل العقد من أصله. و بذلک یظهر أیضا المناقشه فیما ذکره فی المقدمه الرابعه من ان وطء المالک حال الوطی لا یستعقب علیه ضمان للبضع،فإنه تصرف فی ملکه، فإنه بناء علی ما قلنا لیس فی ملکه،فالضمان حینئذ ثابت،و تخصیصه بنصف العشر علی ما هو الأغلب الأکثر من ثیبوبه الحامل،لما عرفت فیما تقدم فی غیر موضع من الکتاب من الإطلاق فی الأحکام الشرعیه انما یحمل علی الغالب الأکثر،دون الفروض النادره. و بالجمله فإن باب المناقشه فیما ذکره قدس سره،غیر منسد،و به یظهر صحه القول المشهور و الله العالم،منه قدس سره.

و لأجل هـذه المخالفات التجأ بعض الأصـحاب (۱)إلى حملهـا على كون الحمـل من المولى البائع،فإنها تكون حينئـذ أم ولـد،و يكون البيع باطلاـو الوطء فى ملك الغير جهلا،فيلزم فيه العقر،و إطلاق نصف العشر مبنى على الأغلب من كون الحبل مستلزما للثيبوبه و لو فرض-على بعد-كونها حاملا بكرا كان اللازم العشر.

و فى هذا دفع لهذه الإشكالات،الا أنه مدافع لإطلاق النص بالحمل،و بنصف العشر من غير تقييد بكونه من المولى و كونها ثيبا.

و فيه أيضـا أنه لاـ وجه لتقييـد بكونه بـالوطء بـل اللازم حينئـذ الرد على كل حال، لبطلان البيع،و ليس تقييـد الحمل المطلق فى النصوص الصحيحه و فتوى أكثر الأصحاب و كون المراد رد نصف العشر خاصه،أولى من استثناء هذا النوع من التصرف من بين سائر التصرفات.

و كون المنفعه مضـمونه على المشترى اما بناء على أن الفسخ يبطل العقد من أصـله، نظرا الى أن العيب يقتضى تزلزل العقد،فمع اختيار الرد ينكشف لنا عن عدم الملك،و أن العقد موقوف على اختيار الرضا بالعيب-أو أن ضـمان المنفعه قد وجد فى المصراه على ما يأتى،و يكفى فى التخصيص بكون المردود نصف العشر،موافقته للغالب الأكثر من أن الحامل لا تكون بكرا.

و بالجمله فالعدول عن ظواهر هذه الاخبار و النصوص الكثيره-مع قول أكثر الأصحاب بها لمناسبه الأصول-غير واضح.

و على هذا فيكون الرد على وجه الجواز لا اللزوم ان لم يكن الحمل من المولى و يختص بالوطء انتهى.

أقول:و الأظهر ما قدمنا لك ذكره فى غير مقام-من أن الاولى هو الدوران فى

۱- ۱) الظـاهر انه ابن الجنيـد و الشـيخ فى النهـايه و العلامه فى المختلف حيث انهم كما عرفت حملوا النصوص على ذلك،و قد عرفت ما فيه و اليه أشار بقوله هيهنا بقوله:الا انه مدافع لإطلاق النص الى آخره،منه قدس سره.

الأحكام مدار النصوص،و ما دلت عليه بالعموم أو الخصوص،وافقت قواعدهم أم لم توافق،و اليه يشير هنا قوله فى إجمال البحث المتقدم بقوله:و بالجمله فالعدول عن ظواهر النصوص الى آخره.

الموضع الثانى حلب المصراه و سيجىء حكمه إنشاء الله(تعالى).

الثانيه [حكم العيب لو كان سابقا على العقد أو لاحقا عنه]

-قد عرفت أنه متى كان العيب سابقا على العقد،فإن للمشترى الخيار بعد ظهوره بين الرد،و الأخذ بالأرش.

و أما لو تجدد بعد العقد و قبل القبض،فإنه لا خلاف فى أن له الرد،و انما الخلاف فى أنه مع أخذه و الرضا به هل له الأرش أم لا؟قولان:كلاهما للشيخ.

قال فى النهايه:من اشترى شيئا و لم يقبضه ثم حدث فيه عيب كان له رده،فإن أراد أخذه و أخذ الأرش كان له ذلك.

و قال فى الخلاف:إذا حدث فى المبيع عيب فى يد البائع كان للمشترى الرد و الإمساك،و ليس له اجازه البيع مع الأرش،فلا يجبر البائع على بذل الأرش بلا خلاف، فان تراضيا على الأرش كان جائزا،و كذا قال فى المبسوط،و تبعه ابن إدريس على ذلك.

و الى الأول ذهب العلامه فى المختلف،و نقله عن ابن البراج و أبى الصلاح، و احتج فى المختلف لما ذهب اليه،قال:لنا ان المبيع لو تلف لكان من ضمان البائع فكذا أبعاضه و صفاته،لأن المقتضى لثبوت الضمان-فى الجميع و هو عدم القبض-موجود فى الصفات،ثم نقل عن الشيخ أنه احتج بأن الأصل ثبوت البيع و لزومه،و عدم التسلط بالأرش،و انما أوجبنا له الخيار بين الرد و القبول،لدفع الضرر اللاحق بإيجاب القبول فيبقى الباقى على الأصل.

ثم أجاب عنه بأن التزامه بأحد هذين نوع ضرر،إذ الحاجه قد مست إلى المعاوضه،و الا لم توجد،و التزامه جميع الثمن ضرر عظيم،لانه دفعه فى مقابله الجميع بصفاته فلا يجب دفعه عن البعض.انتهى.

و مـا ذكره رحمه الله فى تعليـل مـا اختـاره،و كـذا فى الجواب عمـا نقله عن الشـيخ و ان كـان لا يخلو عن قوه،الا أن المسأله لما كـانت عـاريه عن النص-سـيما مع ما عرفت من أنه لا وجود للأرش إلا فى صوره التصـرف و أنه ليس له الرد، و انما له الأرش-أشكل الحكم بذلك.

و أمـا مـا هو المشـهور من أنه مع ظهور العيب مطلقـا تقـدم على العقـد أو تـأخر عنه فإنه مخير بين الرد و الأرش،فلم نقف له فى الاخبار على أثر،و انما تضمنت الرد خاصه،كما قدمنا ذكره فى خيار العيب.

و بـالجمله فلتوقف فى الحكم المـذكور مجـال،و ربمـا حمـل الإجمـاع الـذى ادعـاه فى الخلاـف على عـدم الأـرش على إجماع العامه،و فيه ما لا يخفى.

و لو قبض بعضه ثم حـدث فى الباقى عند البائع حدث كان الحكم فى الباقى ما تقدم فى تجدد العيب بعد العقد و لو قبل القبض على أحد القولين،نظرا الى أن سبب الرد هو العيب الحادث فى البعض،و قد حدث حين كون ذلك البعض مضمونا وحده،فيتعلق به وحده جواز الرد دون المقبوض.

و فيه أنه يستلزم تبعيض الصفقه المنهى عنه،و قيل:و هو الأظهر انه يتخير بين رد الجميع و أخذ أرش العيب (۱).

و لو حدث فيه عيب بعد القبض يمنع من الرد بالعيب السابق،دون الأرش عند الأصحاب،و لم أقف فيه على نص.

قالوا:و لا فرق بين العيب الحادث بين كونه من جهه المشترى أو غير جهته

۱- ۱) بناء على ما عرفت من ظاهر اتفاقهم على انه بظهور العيب السابق على العقد يتخير بين الرد و الأرش،و كذا ما هو المشهور فى العيب المتأخر عن العقـد قبل القبض كما عرفت،فان هذه المسأله من فروع تلك المسأله و قد عرفت ما فى الأصل-منه رحمه الله.

و استثنوا من ذلك ما لو كان المبيع حيوانا و حدث فيه العيب فى الثلاثه من غير جهه المشترى،فإنه لا يمنع من الرد و لا الأرش لأنه حينئذ مضمون على البائع،و سيأتى الكلام فى هذه المسأله.

قيل:و الظاهر ان كل خيار مختص بالمشترى كذلك.

و لو اشترى شيئين صفقه و علم بالعيب فى أحدهما،لم يجز رد المعيب منفردا،لما يتضمنه من ضرر تبعيض الصفقه على البائع،و انما له ردهما معا-ان لم يتصرف فيهما و لا فى أحدهما-أو أخذ أرش المعيب متى تصرف فى أحدهما،و ان كان الصحيح،سقط رد المعيب،لأنهما بمنزله مبيع واحد،و كذا الحكم فيما اشترى اثنان شيئا واحدا كان لهما رده أو إمساكه مع الأرش،و ليس لأحدهما رد نصيبه دون صاحبه،للزوم تبعيض الصفقه.

هذا هو المشهور فى هذه الصوره.

و نقل عن الشيخ و جماعه:جواز التفرق فى هذه الصوره،لجريانه مجرى عقدين بسبب تعدد المشترى،فان التعدد فى المبيع يتحقق بتعدد البائع،و بتعدد المشترى،و بتعدد العقد،و لان العيب جاء من قبله حيث باع من اثنين،و ارتكب التشقيص،فان كل واحد منهما صار مشتريا للبعض،فهو بمنزله البيعين. (۱)

و أنت خبير بأن هذا انما يتم مع علمه بالتعدد،و حينئذ فلو قيل بالتفصيل-بين علمه بالتعدد فيجوز التفرق،و جهله بذلك،فليس لهما الا الاتفاق فى الرد أو الأرش،كما اختاره العلامه فى التحرير-لكان قريبا.

و ظاهر المحقق الأردبيلى الميل اليه،و كذا شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك الا انه قال:و ان كان القول بالجواز مطلقا متوجها.

۱- ۱) و أيده المحقق الأردبيلى بعدم ثبوت كون التشقيص عيبا مطلقا بالدليل، مع عموم دليل ثبوت الخيار بين الرد و الأرش- منه رحمه الله.

و فيه ان الظاهر ان الجهل عذر شرعى كما مر تحقيقه فى مقدمات الكتاب (۱)على تفصيل فيه.

الثالثه [تقديم قول المشترى لو اختلفا فى البراءه عن العيوب]

المشهور فى كلام الأصحاب(رضوان الله عليهم)من غير خلاف يعرف انه إذا قال البائع:بعت بالبراءه،و أنكر المشترى،و لم يكن للبائع بينه فالقول قول المشترى بيمينه،للخبر المتفق عليه (۲)

«البينه على من ادعى،و اليمين على من أنكر».

و لأن الأصل عدم صدور البراءه منه حتى يتحقق.

قال المحقق الأردبيلى(قدس سره-،فى شرح الإرشاد بعد ذكر نحو ما قلناه:

«و لا يلتفت الى ما فى الخبر عن جعفر بن عيسى فى مكاتبته الى أبى الحسن(عليه السلام) «فيقول له المنادى:قد برئت منها،فيقول له المشترى:لم أسمع البراءه منها،أ يصدق فلا يجب عليه الثمن،أم لا يصدق،فيجب عليه الثمن؟فكتب:عليه الثمن». لضعفه مع الكفايه، و مخالفه القاعده»انتهى.

و العجب هنا من صاحب الكفايه حيث جعل هذا الخبر مؤيدا لعموم

«البينه على المدعى،و اليمين على من أنكره» و هو على العكس من ذلك.

أقول:و المفهوم من سياق الخبر المذكور أن إنكار المشترى انما وقع مدالسه، لعدم رغبته فى المبيع،و الا فهو عالم بتبرئ البائع،و الامام(عليه السلام)إنما ألزمه الثمن من هذه الجهه،و نحن قدمنا الخبر المذكور فى خيار العيب،و لكن نعيده هنا إزاحه لثقل المراجعه،ليظهر لك صحه ما ادعيناه.

و هو ما رواه

الشيخ فى التهذيب عن جعفر بن عيسى (۳)قال:

«كتبت الى أبى الحسن(عليه السلام)جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى،

۱- ۱) ج ۱ ص ۷۷.

۲- ۲) الوسائل الباب-۳-من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۶۶.

فـإذا نادى عليه برىء من كل عيب فيه،فإذا اشتراه المشترى و رضـيه و لم يبق الا نقـده الثمن فربما زهـده،فإذا زهـد فيه ادعى فيه عيوبا و أنه لم يعلم بها،فيقول له المنادى:

قـد برئت منهـا،فيقول المشترى:لم أسـمع البراءه منهـا أ يصـدق فلاـ يجب عليه الثمن أم لا يصـدق فيجب عليه الثمن؟فكتب:عليه الثمن».

فإنه ظاهر فى أنه عالم بالنداء بالبراءه،و أنه رضيه مع ذلك،الا أنه لما تجدد له زهده و عدم الرغبه فيه،ادعى عدم علمه بالعيوب و عدم سماعه النداء،فهذه الدعوى إنما نشأت من حيث زهده فيه و عدم رغبته،لا من حيث العيوب.

و حينئذ فلا يكون الخبر مخالفا للقاعده المتفق عليها،و لا يحتاج الى طرحه،و كثيرا ما يحكمون(عليهم السـلام)فى بعض الأحكام بمقتضى علمهم بالحال،فكيف مع ظهور ذلك فى السؤال.

الرابعه [أحكام التصريه]

-التصـريه تـدليس يثبت به الخيـار بين الرد،و الإمساك بالثمن بلا أرش، كما فى خيار التـدليس فى غير هـذا الموضع و التصـريه مصدر من قولك صريت إذا جمعت بين الصرى،و هو الجمع.

يقال:صـرى الماء فى الحوض إذا جمعه، (1)و صـريت الشاه تصـريه إذا تركت حبلها أياما حتى يجتمع اللبن فى ضـرعها،و الشاه مصراه و تسمى المصراه محفله أيضا،و هو من الحفل،و منه قيل للمجمع:محفل.

و المراد هنـا أن يربـط إحلاـف الشاه و نحوها يومين أو ثلاثه،فيجتمع اللبن فى ضـرعها،و يظن الجاهل بحالها أنها لكثره ما تحلبه كل يوم،فيرغب فى شرائها.

قال فى المسالك:«و الأصل فى تحريمه مع الإجماع النص

۱- ۱) قال فى المصباح المنير:و صرى الماء صريا طال مكثه،و يتعدى بالحركه فيقال:صريته صريا من باب رمى إذا جمعته فصار كذلك،و صريته بالتشديد مبالغه،منه رحمه الله.

عن النبی(صلی الله علیه و آله)و هو من طرق العامه (۱)و لیس فی أخبارنا تصریح به،لکنه فی الجمله موضع وفاق،انتهی.

أقول:

و روی الصدوق(عطر الله مرقده)فی کتاب معانی الاخبار عن محمد ابن هارون الزنجانی علی بن عبد العزیز عن أبی عبید (۲)رفعه إلی النبی(صلی الله علیه و آله) قال:

«لا تصروا الإبل و الغنم فإنه خداع،من اشتری مصراه فإنه بأحد النظرین،ان شاء ردها و رد معها صاعا من تمر.

و الظاهر أن الصدوق نقل هذا الخبر من طریق الجمهور،لعدم وجوده فی کتب الاخبار،حسبما اعترف به شیخنا المتقدم ذکره.

و کیف کان فالکلام هنا یقع فی مواضع،الأول-أنه إذا اختار الرد قالوا یرد معها لبنها الموجود وقت البیع،لانه جزء من المبیع،فإذا فسخ البیع رده،کما رد المصراه،فإن تعذر فمثله،و ان تعذر فقیمته وقت الدفع و مکانه.

أما اللبن المتجدد بعد العقد ففی رده وجهان،من إطلاق الرد فی الاخبار،و من أنه نماء المبیع الذی هو ملکه،و العقد انما ینفسخ من حینه،قال فی المسالک:

و هو الأقوی.

أقول:قد عرفت أنه لا نص فی المسأله،کما اعترفوا به کیف یستند فی الوجه الأول إلی إطلاق الاخبار.

اللهم ان یراد أخبار العامه،و فیه ما لا یخفی،و به یظهر قوه الوجه الثانی مضافا الی ما ذکره فی تعلیله.

ثم انه لو امتزج الموجود حاله البیع بالمتجدد صار شریکا و رجعا الی الصلح، و للشیخ قول بأنه مع ردها یرد معها ثلاثه أمداد.

۱- ۱) سنن البیهقی ج ۵ ص ۳۱۸.

۲- ۲) الوسائل الباب-۱۳-من أبواب الخیار الرقم-۲ لکن عن القاسم ابن سلام بإسناد متصل.

و استدل له بعض المحققين (۱)

بحسنه الحلبی (۲)عن أبی عبد الله(علیه السلام)

فی رجل اشتری شاه فأمسکها ثلاثه أیام ثم ردها،قال:ان کان فی تلک الثلاثه الأیام یشرب لبنها رد معها ثلاثه أمداد،و ان لم یکن لها لبن فلیس علیه شیء». قال:و الروایه مختصه بصوره شرب اللبن،و لا یبعد العمل بمضمونها لحسنها مع اعتضادها بغیرها.

أقول:فیه أولا أن الشیخ انما حکم بذلک فی المصراه،و ما تضمنه الخبر المذکور لیس کذلک،فلا یکون منطبقا علی المدعی.

و ثانیا-ان الروایه المذکوره تضمنت جواز الرد بعد الثلاثه»و هو مخالف لمقتضی القاعده المتفق علیها نصا و فتوی،و ان المشتری لیس له الخیار فی الحیوان إلا فی ضمن الثلاثه،و أما بعدها فلا،و حمل الروایه علی کون الرد فی الثلاثه بعید عن مقتضی سیاقها،و حاق لفظها.

و ثالثا-ان مقتضی کلامهم أنه بالعقد ینتقل الی ملک المشتری،فالمشتری فی ضمن الثلاثه انما تصرف فی ملکه،فکیف یضمنه،و یعطی بعد الرد ثلاثه أمداد عوضا عنه، (۳).

و رابعا-أنه لا ریب فی انه ضمن الثلاثه قد أنفق علی الشاه ما لعله أکثر من قیمه لبنها،فکیف أهمل ذالک فی الروایه،أو مثلها،و بالجمله فالاستناد فی الحکم المذکور الی هذه الروایه مع ما عرفت لا یخلو من غفله أو مسامحه.

و نقل عن الشیخ قول آخر،و هو انه:یرد معها صاعا من تمر أو بر،قیل:و هو

۱- ۱) هو الفاضل الخراسانی فی الکفایه منه رحمه الله.

۲- ۲) الوسائل الباب-۱۳-من أبواب الخیار الرقم-۱.

۳- ۳) أقول هذا الوجه الثالث إلزامی حیث أنهم یقولون بذلک و الا فقد عرفت من أخبار الحیوان أنه انما ینتقل للمشتری بعد الثلاثه کما تقدم تحقیقه منه رحمه الله.

منصوص عن النبی (۱)(صلی الله علیه و آله)من طرق العامه و لعله فی روایه أخری غیر التی قدمنا نقلها عن الصدوق فإنها اشتملت علی صاع التمر خاصه.

الثانی قد صرحوا بأنه لو ثبتت التصریه بإقرار البائع أو البینه قبل أن یحلبها ثبت له الخیار،و لا یحتاج الی الاختبار بمضی ثلاثه أیام لو لم یثبت ذلک.

و ربما صرح بعضهم بالفوریه،لأن التصریه التی هی تدلیس و موجبه لجواز الرد قد ثبتت،فیکون مقتضاها ایضا ثابتا،الا ان الظاهر من کلام بعض انه لا مانع من جواز الصبر و الاختبار،لاحتمال الارتفاع بهبه من الله عز و جل،فلا یثبت له بزوال الموجب،لأن التصریه غیر موجبه من حیث هی هی،و انما هی موجبه من حیث الاستظهار بمعرفه ما فیه،مما یوجب زیاده الثمن و الرغبه.

قال فی المسالک:فلو ثبت بإقرار البائع أو البینه جاز الفسخ قبل الثلاثه، لکن بشرط النقصان،فلو تساوت أو زادت هبه من الله تعالی فالأشهر زوال الخیار لزوال الموجب له مع احتمال بقائه،و مثله ما لو لم یعلم العیب حتی زال انتهی.

و نقل عن الشیخ فی الخلاف انه قوی جواز الرد مع ثبوت التصریه و ان زالت،و صار اللبن زائدا کل یوم علی لبن الأول،أو ساواه.

و فی المبسوط صرح بسقوط الخیار کما هو المشهور.و لو لم یثبت بأحد الأمرین المتقدمین فلا بد من اختبارها ثلاثه أیام،فإن اتفقت فیها الحلبات عاده،أو زادت اللاحقه فلیست مصراه،و ان اختلفت فی الثلاثه و کان بعضها ناقصا عن الأول نقصانا خارجا عن العاده،و ان زاد بعد الثلاثه ثبت الخیار بعد الثلاثه بلا فصل علی الفور.

الثالث-ظاهر الأصحاب الإجماع علی ثبوت التصریه فی الشاه،و المشهور ذالک أیضا فی الناقه و البقره،بل قیل:انه إجماع.

قال شیخنا فی الروضه:فإن ثبت فهو الحجه،و الا فالمنصوص الشاه،و إلحاق غیرها بها قیاس،انتهی.

ص:۹۵

۱- ۱) سنن البیهقی ج ۵ ص ۳۱۸.

أقول:و أی نص هنا ورد فی الشاه و بذلک اعترف«قدس سره»فی المسالک، انه فی الموضعین إنما التجأ إلی الإجماع،قال فی الکتاب المذکور بعد قول المصنف(رحمه الله):و تثبت التصریه فی الشاه قطعا،و فی الناقه و البقره علی تردد،ما لفظه:

وجه التردد من عدم النص ظاهر عندنا علی هذا الحکم،لکن الشاه محل وفاق فیحتمل إلحاق الناقه و البقره بها،لمساواتهما لها فی العله الموجبه للخیار،و هی کون اللبن مقصود مع التدلیس،کما ادعی الشیخ الإجماع علی إلحاقها بها،فان ثبت فهو الحجه،و الا ففی إثبات الحکم المخالف للأصل،بغیر النص و الإجماع إشکال.

ثم نقل عن ابن الجنید،أنه طرد الحکم فی سائر الحیوانات حتی الأدمی،قال و فی بعض الاخبار من طرق العامه ما یدل علیه،و هو مناسب لمقابله المدلس،و فی الدروس انه لیس بذلک البعید.انتهی.

و یظهر من المحقق الأردبیلی(عطر الله مرقده)المیل إلی إلحاق البقره و الناقه فی الموضع المذکور،لکن لا من حیث التصریه،بل من حیث التدلیس و حصول الضرر المنفی عقلا و نقلا لو لم یتخیر،قال فی بیان وجه الإشکال فی إلحاق الفردین المذکورین:و وجه الاشکال عدم وجود النص و الإجماع،و وجود العله الموجبه فی الشاه،فالثبوت لیس ببعید،لما تقدم من العله فی الشاه،إذ لا نص،بل التدلیس الموجب لذلک،و الا لزم الضرر المنفی عقلا و نقلا،مؤیدا بأخبار العامه،انتهی.

هذا خلاصه کلامهم فی هذه المسأله.

و قد عرفت خلو أصل المسأله من المستند،و الظاهر أن أصل هذه المسأله انما هی فی کلام العامه،لأنها مرویه فی أخبارهم،و الأصحاب کثیرا ما یستلقون الاخبار و الأحکام و الفروع من کتبهم.

قال المحقق الأردبیلی(قدس سره)فی بعض مواضع البحث فی هذه المسأله ما لفظه:

و الظاهر أنه لا دليل للأصحاب على رد الشاه و اللبن عينا أو مثلا أو قيمه بعد التصرف الموجب للسقوط،بل فى هذه المسأله مما لا نص فيه للأصحاب،كما قال المصنف و الشارح و غيرهما،و انما هى مذكوره فى بعض كتب العامه و أخبارهم.

و لهذا قالوا المراد برد اللبن رد اللبن الموجود حال البيع،و قبل أن تصير الشاه للمشترى،و هو بناء على مذهبهم من كون المبيع زمن الخيار ملك البائع فلا إشكال حينئذ،و لكن يشكل ذلك على مذهب الأصحاب بناء على ما تقرر عندهم (۱)الى آخر كلامه زيد فى مقامه و الله سبحانه العالم بأحكامه.

الرابع قد عرفت مما تقدم فى المسأله الأولى انهم استثنوا من التصرف المسقط للرد بالعيب أمرين،ثانيهما حلب الشاه المصراه و هو مبنى على أن التصريه من قبيل العيوب.

و الظاهر من كلام جمله منهم أنها تدليس،و خيار العيب و أحكامه على حده، و خيار التدليس و أحكامه على حده و لا يدخل إحديهما فى الأخر،و لهذا عد فى اللمعه كلا منهما على حده و جعل التصريه فى التدليس.

و المفهوم من كلامهم ان خيار حكم التدليس هو التخيير بين الرد و الإمساك بغير أرش،تصرف أو لم يتصرف متى ظهر التدليس،و حكم خيار العيب هو التخيير قبل التصرف،بين الرد و الإمساك بالأرش،و بعد التصرف ليس إلا الإمساك مع الأرش،و ليس له الرد.

و المفهوم من كلامهم أيضا ان التدليس انما هو عباره عن اشتراط أمر زائد، ثم يظهر عدمه،و أما العيب فإنما يتعلق بذات المبيع مما يوجب نقصه و خروجه عن أمثاله أو أبناء نوعه.

ص:۹۷

۱- ۱) أقول المراد بما تقرر عندهم ما تقدم ذكره من أن المبيع ينقل بالعقد الى ملك المشترى منه رحمه الله.

و بالجمله فإنه متى جعلت التصريه من قبيل التدليس لم يتوجه الاستثناء الذى ذكروه كما عرفت و الله العالم.

الخامسه [عدم إطلاق العيب على الثيوبه]

-أطلق جمهور الأصحاب(رضوان الله عليهم)أن الثيوبه ليست عيبا، نظرا الى أن أكثر الإماء لا يوجدون الاثيبات،فكانت الثيوبه بمنزله الخلقه الأصليه، و ان كانت عارضه.

و استشكل ذلك فى المسالك فى الصغيره التى ليست محل الوطى،فإن أصل الخلقه و الغالب فى مثلها البكاره،فينبغى أن يكون الثيوبه عيبا.

قال:و نقل مثل ذلك فى التذكره عن بعض الشافعيه،و نفى البأس عنه،و هو كذلك،بل يمكن القول بكونها عيبا مطلقا،نظرا الى الأصل،و هو ظاهر ابن البراج انتهى.

أقول:صوره عباره التذكره هكذا إطلاق العقد فى الأمه لا يقتضى البكاره و لا الثيوبه،فلا يثبت الخيار بأحدهما مع الإطلاق.

و قال بعض الشافعيه:الا أن تكون صغيره،و كان المعهود فى مثلها البكاره، و لا بأس به عندى،لأن البكاره أمر مرغوب اليه،و انما بذل المشترى المال بناء على بقائها على أصل الخلقه،فكان له الرد قضاء للعاده.انتهى.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه على المشهور لو اشترط البكاره فظهر كونها ثيبا حال البيع بالبينه،أو إقرار البائع،أو قرب زمان الاختبار لزمان البيع،بحيث لا يمكن تجدد الثيوبه فيه،فالمشهور أنه يتخير بين الرد و الإمساك،و ان جهل ذلك لم يكن له الرد،لان ذلك قد يذهب بالنزوه و العله و نحو ذلك.

و قال الشيخ فى النهايه:من اشترى جاريه على أنها بكر فوجدها ثيبا لم يكن له ردها،و لا الرجوع على البائع بشىء من الأرش،لأن ذلك قد يذهب من العله و النزوه انتهى.

و مثله ابن البراج فی الکامل حیث قال:ان ابتاعها علی أنها بکر فوجدها ثیبا لم یکن له ردها،و لا أرش فی ذلک انتهی.

أقول:و یدل علی هذا القول

موثقه سماعه (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام) عن رجل باع جاریه علی انها بکر فلم یجدها علی ذلک قال:لا ترد علیه و لا یجب علیه شیء،لانه یکون یذهب فی حال مرض أو أمر یصیبها».

و العلامه فی المختلف تأول کلام الشیخ بالحمل علی ما إذا لم یعلم سبق الثیوبه علی العقد،و علی هذا یمکن حمل الروایه أیضا،و فی التعلیل اشعار بذلک.

و هل یثبت له الأرش مع اختیار الإمساک؟الظاهر من کلام الأکثر ذلک.

و یدل علیه ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن یونس (۲)

«فی رجل اشتری جاریه علی أنها عذراء فلم یجدها عذراء قال:یرد علیه فضل القیمه إذا علم أنه صادق».

و الظاهر أن وجوب الأرش هنا مبنی علی العلم بالثیوبه حال البیع بأحد الوجوه المتقدمه،جمعا بینه و بین الخبر المتقدم،و الخبر الأول قد عرفت أنه محمول علی الجهل بذلک.

قال:فی الدروس:ان مع فوات الشرط یتخیر بین الفسخ و الإمضاء بغیر أرش إلا فی اشتراط البکاره،فظهر سبق الثیوبه،فإن الأرش مشهور،و ان کانت روایه یونس به مقطوعه،و فی المسالک الأقوی ذلک لان فواته مما یؤثر فی نقصان القیمه تأثیرا بینا،ثم قال:و یحتمل العدم،لأن الأرش جزء من الثمن،و هو لا یوزع علی الشروط انتهی.

و ظاهره فی الکفایه التوقف هنا،و هو فی محله،لعدم اسناد الروایه المذکوره الی الامام(علیه السلام)،و لو کانت مسنده لما کان عنها معدل.

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۶۵ الکافی ج ۵ ص ۲۱۵ الرقم ۱۱.

۲- ۲) الکافی ج-۵ ص ۲۱۶ التهذیب ج ۷ ص ۶۴.

و نقل فی المسالک عن بعض الأصحاب:أنه ذهب الی عدم التخییر بفوات البکاره مطلقا،یعنی مع الشرط و عدمه،و الظاهر أنه اشاره الی ما قدمنا نقله عن الشیخ فی النهایه و ابن البراج فی الکامل.

ثم انه لو انعکس الفرض بأن شرط الثیوبه فظهرت بکرا قیل:فالأقوی تخییره أیضا بین الرد و الإمساک،لکن بغیر أرش،لجواز تعلق غرضه بذلک،لعجزه عن البکر و قیل:لا رد هنا لزیاده قیمه البکر.

السادسه الإباق الحادث عند المشتری

لا یرد به العبد،و انما یرد به إذا حصل عند البائع أو غیره من الملاک السابقین،و بالجمله حصوله قبل البیع،و هل یکفی فی ثبوت ذلک حصوله و لو مره واحده؟ ظاهر جمع منهم ذلک و به صرح فی التذکره،و شرط بعض الأصحاب الاعتیاد،قیل:و أقل ما یتحقق به مرتین.

و الذی وقفت علیه من الاخبار هنا ما رواه

الکلینی و الشیخ فی الصحیح عن أبی همام (۱)قال:

«سمعت الرضا(علیه السلام)یقول:یرد المملوک من أحداث السنه من الجنون و الجذام و البرص،فقلت:کیف یرد من أحداث السنه قال:

هذا أول السنه و إذا اشتریت مملوکا به شیء من هذه الخصال ما بینک و بین ذی الحجه رددته علی صاحبه،فقال له محمد بن علی:فالإباق من ذلک،فقال:لیس الإباق من ذلک الا ان یقیم البینه أنه کان آبق عنده».

و ظاهر هذا الخبر أنه لا بد من ثبوت الإباق عند البائع،و أنه تکفی المره الواحده،کما صرح به فی التذکره.

ص:۱۰۰

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۱۷ التهذیب ج ۷ ص ۶۳ الوسائل الباب ۱-من أبواب أحکام العیوب الرقم-۲.

الا أنه

قد روى فى التهذيب فى الموثق عن محمد بن قيس (۱)عن أبى جعفر (عليه السلام) قال:

«قضى على(عليه السلام)أنه ليس فى إباق العبد عهده الا أن يشترط المبتاع».

و روى فى الكافى فى الصحيح عن محمد بن قيس (۲)عن أبى جعفر(عليه السلام) قال:

«ليس فى الإباق عهده».

و الظاهر أن المراد بالعهده هنا الخيار،لما فى حديث يونس (۳)ان العهده فى الحيوان وحده إلى سنه و فى حديث عبد الله بن سنان (۴)«و عهدته يعنى الرقيق السنه» و حينئذ فمقتضى الخبرين المذكورين بعد الجمع بينهما لحمل مطلقهما على مقيدهما هو أنه لا خيار فى الإباق الا أن يشترط المشترى عدم ذلك و هو مشكل،لما عرفت من كلام الأصحاب مما ظاهرهم الاتفاق عليه،مع الصحيحه المتقدمه،و لم أطلع على من تعرض لذكر هذين الخبرين فى المقام،فضلا عن الجواب عنهما، قالوا و لو تجدد عند المشترى فى الثلاثه فهو كما لو وقع عند البائع.

السابعه [عدم الخيار بالعيب الذى جرت العاده بمثله]

-المشهور فى كلام الأصحاب(رضوان الله عليهم)،أنه إذا اشترى زيتا أو بذرا (۵)أو نحوهما فوجد فيه ثفلا فان كان مما جرت العاده بمثله لم يكن له رد و لا أرش،و كذا لو كان كثيرا و علم به قبل البيع.و فى حسنه ميسر.المتقدمه فى قسم العيب التفصيل بنحو آخر.

قال:ان كان المشترى يعلم أن الدردى يكون فى الزيت فليس عليه أن يرده،

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۲۳۷.

۲- ۲) الوسائل الباب-۱۰-من أبواب العيوب.

۳- ۳) الوسائل الباب-۲-من أبواب أحكام العيوب الرقم-۵.

۴- ۴) الكافى ج ۵ ص ۱۷۲.

۵- ۵) البذر هو دهن الكتان و هو على حذف مضاف أى دهن البذر و الثفل بالضم و السافل ما استقر تحت الشيء من الكدر-منه رحمه الله.

و ان لم يكن يعلم فله أن يرده،و يمكن إرجاع الروايه الى ما ذكروه بمعنى أنه ان كان يعلم أن هذا بحسب العاده مما يكون فى الزيت و نحوه لم يكن له الرد،و الا فله، الا أنه يبقى فرد آخر و هو ما إذا لم يعلم ذلك و ظن أنه خالص من الثفل.

و الأقرب أن الحكم فيه ما ذكره الأصحاب،تنزيلا للعاده منزله العلم بذلك، كما فى كثير من المواضع،و نظرا الى ان مثل ذلك هنا ليس عيبا،لاقتضاء طبيعه الدهن كون ذلك فيه غالبا.

الا انه ربما أشكل ذلك فيما لو كان كثيرا و علم به،باعتبار الجهل بقدر المقصود بالذات الموجب للغرر،و المشاهده فى مثل ذلك غير كافيه.

و يمكن اندفاع ذلك بان معرفه مقدار الجميع كافيه،كما فى معرفه مقدار السمن بظروفه جمله من دون العلم بالتفصيل،و نحوه التراب فى الحنطه و الشعير و نحوهما و التبن فى الأولين،و أما ما عدا ذلك فلا إشكال فى كونه عيبا يترتب عليه أحكامه.

الثامنه [اختلاف المتبايعين فى زمان حصول العيب]

-إذا قال المشترى:هذا العيب كان عند البائع،و أنكر البائع ذلك فالقول قول البائع مع يمينه عملا بالقاعده المنصوصه،و لأصاله عدم التقدم الا ان يكون للمشترى بينه أو شاهد حال.

و المراد بشاهد الحال نحو زياده الإصبع و اندمال الجرح مع قصر زمان البيع، بحيث لا يحتمل تأخره عاده.

و يعتبر فى شاهد الحال هنا كونه مفيدا للقطع،فيقدم قول المشترى حينئذ بغير يمين،و لو شهد الحال للبائع كذلك،كطراوه الجرح مع تطاول زمان البيع فلا يمين عليه ايضا،و حيث يفتقر البائع إلى اليمين،فلا بد أن يحلف على القطع بعدم العيب،لا على عدم العلم،ان كان اختبر المبيع قبل البيع،و اطلع على خفايا أمره،كما يشهد بالقطع على الاعتبار،و بالعداله و غيرهما مما يكتفى فيه بالاختبار،الظاهر،و لو لم يكن اختبره ففى جواز حلفه على القطع،عملا بأصاله

العدم و اعتمادا على ظاهر السلامه نظر،و استقرب فى التذكره هنا الاكتفاء بالحلف على نفى العلم،و استحسنه فى المسالك لاعتضاده بأصاله عدم التقدم،فيحتاج المشترى الى إثباته.

التاسعه [إذا اشترى أمه لا تحيض فى سته أشهر و مثلها تحيض]

قالوا إذا اشترى أمه لا تحيض فى سته أشهر و مثلها تحيض كان ذلك عيبا،لانه لا يكون الا لعارض غير طبيعى.

أقول:هذا قول الأكثر،و عليه تدل

روايه داود بن فرقد (١)قال:

« سألت أبا عبد الله(عليه السلام)عن رجل اشترى جاريه مدركه فلم تحض عنده حتى مضى لها سته أشهر و ليس بها حمل،فقال:ان كان مثلها تحيض و لم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد منه».

و أنت خبير بأنه و ان اشتمل السؤال على تأخر الحيض سته أشهر،الا أن الجواب لم يتقيد به،فإنه(عليه السلام)انما علق الحكم على حيض مثلها،و أراد به نفى الصغر و اليأس،و ان كان ذلك مستفادا من الإدراك،فإن من المعلوم ان من كانت كذلك فان مثلها تحيض فى تلك المده،و حينئذ فلو قيل بثبوت الخيار متى تأخر حيضها عن عاده أمثالها فى تلك البلاد من غير تقييد بالسته الأشهر كان حسنا.

و يظهر من ابن إدريس على ما نقله عنه فى المسالك نفى الحكم رأسا،و إنكار كون عدم الحيض عيبا،و الروايه به صريحه فى رده كما عرفت.

ثم ان ما دل عليه الخبر،من جواز الرد بعد سته أشهر مما لا اشكال فيه إذا لم يتصرف تصرفا موجبا لسقوط الخيار كما تقدم،و أما مع التصرف فظاهر الخبر كونه كذلك أيضا،فإن عدم التفصيل دليل على العموم،فى أمثال هذا المقام،و يؤيده أن العاده قاضيه بأنه لا تمضى على المملوك قدر هذه المده من غير تصرف،بأن يأمره مولاه افعل كذا و افعل كذا من الأغراض و المطالب التى تتعلق غرض السيد بها و هو مشكل،لقيام الأدله كما عرفت سابقا على أن التصرف مسقط للخيار،الا أن يقال:

ص:١٠٣

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٢١٣.

باستثناء هذا العيب للروايه المذكوره.

العاشر [رد المملوک من أحداث السنه]

-قد صرح الأصحاب و به نطقت الأخبار بأنه يرد المملوك من أحداث السنه،بمعنى أن هذه الأمراض إذا حدثت ما بين الوقت البيع الى تمام السنه كان للمشترى رد المملوك بها،و ان لم يكن الرد فى السنه،لأن خيار العيب ليس على الفور.

و يؤيده روايه أسباط الاتيه،و عدها بعضهم بالجنون و الجذام و البرص،و زاد بعض القرن،و الذى وقفت عليه من الاخبار هنا صحيحه أبى همام (۱)المتقدمه قريبا فى المسأله السادسه،و قد تضمنت الثلاثه المتقدمه.

و منها ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن محمد بن على (۲)و هو مجهول،و ان احتمل بعض مشايخنا كونه الحلبى قال:

«سمعت الرضا-(عليه السلام)يقول:يرد المملوك من أحداث السنه من الجنون و الجذام و البرص و القرن،قال:فقلت:و كيف يرد من أحداث السنه؟قال:فقال:هذا أول السنه-يعنى المحرم-فإذا اشتريت مملوكا فحدث فيه من هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجه رددته على صاحبه».

و ما رواه

ثقه الإسلام فى الكافى (۳)و الشيخ فى التهذيب (۴)عن ابن فضال عن أبى الحسن الرضا(عليه السلام)

«أنه قال:ترد الجاريه من أربع خصال:من الجنون و الجذام و البرص و القرن و الحدبه»كذا فى التهذيب،و فى الكافى-و القرن الحدبه الا أنها تكون فى الصدر تدخل الظهر و تخرج الصدر».

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۶۳.
۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۶۴.
۳- ۳) الكافى ج ۵ ص ۲۱۶.
۴- ۴) التهذيب ج ۷ ص ۶۴.

و ما رواه

فی الکافی عن علی بن أسباط عن أبی الحسن الرضا(علیه السلام) قال:

«سمعته یقول:الخیار فی الحیوان ثلاثه أیام للمشتری،و فی غیر الحیوان أن یتفرقا و احداث السنه ترد بعد السنه،قلت:و ما أحداث السنه؟قال الجنون و الجذام و البرص و القرن،فمن اشتری فحدث فیه هذه الأحداث فالحکم أن یرد صاحبه الی تمام السنه من یوم اشتراه».

و ما رواه

الصدوق فی کتاب الخصال فی الموثق عن ابن فضال (۱)عن أبی الحسن(علیه السلام) قال:

«فی أربعه أشیاء خیار سنه،الجنون و الجذام و البرص و القرن». و أکثر هذه الاخبار قد اشتمل علی هذه الأربعه،فیجب حمل ما عداها علیها.

بقی الکلام هنا فی مواضع:الأول-ذکر الحدبه فی روایه ابن فضال علی تقدیر روایه الکافی الظاهر أنه تفسیر للقرن،و هو خلاف المعروف،لان القرن کما هو المشهور بین الفقهاء و اللغویین هو شیء کالسن یکون فی باطن الفرج یمنع من الجماع،و علی تقدیر روایه التهذیب یکون معطوفه علی الأربع المذکوره،و هو بعید أیضا،لخلو الأخبار المذکوره فی المسأله عن ذلک:سیما مع اختلاف الکتابین فی ذلک.

و قیل:ان المراد به أن القرن و الحدبه یشترکان فی کونهما بمعنی النسق، لکن أحدهما فی الفرج و الأخر فی الصدر،و لا یخفی ما فیه،و بالجمله فإنه یشکل الاعتماد علی هذه الروایه فی عد الحدبه.

الثانی ظاهر المحقق الأردبیلی هنا الاستشکال فی عد القرن فی جمله هذه العیوب،لعدم عده فی صحیحه أبی همام المقطوع بصحتها،و عدم ظهور القول به.

و أنت خبیر بما فیه،فان روایات المسأله کلها عدا الصحیحه المذکوره قد اشتملت علیه،و رد هذه الاخبار کلها باعتبار خلو تلک الروایه عنه مع إمکان تقییدها

۱- ۱) الوسائل الباب-۲-من أبواب أحکام العیوب الرقم-۷.

بهـذه الاخبـار بعيـد،فإن غايه الأمر أنها مطلقه،لا أن فيها ما يـدل على نفيه،لتحصل المخالفه الموجبه لترجيحها لصـحتها،بناء على هذا الاصطلاح الذى بنى عليه.

و أما قوله لعـدم ظهور القول به،فان فيه أن الشـهيد فى الـدروس قـد عده فى جمله هذه الأربعه،بل قال فى المسالك و المشـهور ثبوت الحكم للأربعه المذكوره فى روايه على بن أسباط،مع أن منها القرن كما عرفت.

ثم ان المحقق المذكور استشكل أيضا فى عد البرص هنا،لورود أن العهده فيه ثلاثه أيام فى

حسنه عبد الله بن سنان، (۱)و هى ما رواه عن أبى عبد الله(عليه السلام) قال:

عهده البيع فى الرقيق ثلاثه أيام ان كان بها خبل أو برص أو نحو هذا،و عهدته السنه من الجنون فما بعد السنه فليس بشىء».

و أقول:و الاشـكال هنـا ظـاهر،الاـ أن الأظهر هو العمل بهـذه الأخبار الكثيره التى فيها الصـحيح باصـطلاحهم،سـيما مع اعتضادها باتفـاق الأصـحاب على عـد الـبرص منهـا، و يحتمـل و ان بعـد ان لفـظ الـبرص فى الحسـنه المـذكوره تحريف«مرض»من بعض الرواه،فإن قرب التحريف بين أحد هذين اللفظين إلى الأخر مما لا ينكر.

الثالث-ظاهر هذه الاخبار الرد فى المده المذكوره و ان تصـرف،إذ يبعد كل البعد أن يشترى الإنسان مملوكا و يبقى مده سـنه لا يـأمره بفعـل و لاـ يكلفه بشـىء يوجب التصـرف،مع ما علم علما يقينا من أن اشتراء المماليك انما هو للخـدمه و الانتفاع بهم فى وجوه المنافع المترتبه عليهم،و المفهوم من كلام الأصـحاب هنا تقييـد الخيار فى هذه المده بعدم التصـرف،فلو تصـرف فليس له الأرش عملا بالقاعده المتقدمه فى العيب (۲).

ص: ۱۰۶

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۱۷۲.

۲- ۲) قال فى الدروس بعد عد الأربعه المذكوره،و هذه الأربعه يرد بها الرق،و لو تجددت ما بين العقد و السـنه ما لم يتصرف و الا فالأرش.انتهى و نحوه العلامه فى القواعد و الإرشاد و غيرهما منه رحمه الله.

و أنت خبير بما فيه من البعد،بالنظر الى ظواهر هذه الاخبار،بالتقريب الذى ذكرناه،و ليس فى شىء من هذه الاخبار إشاره فضلا عن التصريح الى التقييد بعدم التصرف،ضمن هذه المده المذكوره،و حينئذ فلا يبعد استثناء هذه العيوب من قاعده عدم جواز الرد مع التصرف،و ليس تقييد هذه الاخبار بعدم التصرف كما هو ظاهر كلامهم بأولى من تقييد الأردبيلى تلك بعدم هذه العيوب و الى ما ذكرنا يميل كلام المحقق الأردبيلى قدس سره.

الرابع-قد استشكل شيخنا الشهيد الثانى هنا فى حكم الجذام،حيث قال بعد أن ذكر أن المشهور ثبوت الحكم للأربعه:و لكن يبقى فى حكم الجذام إشكال، فإنه يوجب العتق على المالك قهرا كما سيأتى،و حينئذ فإن كان حدوثه فى السنه دليلا على تقدمه على البيع،لما قيل فى تعليل الرد بهذه الأحداث:ان وجودها فى السنه دليل على حدوثها قبل البيع،لأنها تكن فى البدن سنه،ثم تخرج،فيكون عتقه على البائع،فيكشف ظهوره عن بطلان البيع،فلا يتجه الخيار.

و ان حمل على الظاهر كان حدوثه فى ملك المشترى موجبا لعتقه قبل أن يختار الفسخ،إذ ليس له اختيار حتى يتحققه،و متى تحققه حكم بعتقه شرعا قبل الفسخ فيشكل جوازه بعد العتق،و قد تقدم نظيره.

و يمكن حله بان الحكم بعتقه بالجذام مشروط بالفعل،كما هو ظاهر النص، و لا يكتفى بوجوده فى نفس الأمر،فلا يعتق على البائع قبل بيعه،لعدم ظهوره،و لا بعده قبل الفسخ،لعدم ملكه،و عتقه على المشترى موقوف أيضا على ظهوره،و هو متأخر عن سبب الخيار،فيكون السابق مقدما،فيتخير،فان فسخ عتق على البائع بعده، و ان اختار الإمضاء عتق على المشترى بعده،فينبغى تأمل ذلك.انتهى.

أقول:ما ذكره(قدس سره)فى تعليل عدم انعتاقه على البائع جيد لما ذكره، و انما الإشكال فيما ذكره من عدم عتقه على المشترى،و تعليله ذلك بأن انعتاقه على المشترى موقوف على ظهوره،و هو متأخر عن سبب الخيار،فانى لا أعرف له

وجها وجيها،إذ لا يخفى أن سبب الخيار انما هو ظهور هذه العيوب المذكوره،كما تنادى به الاخبار المتقدمه(۱)و لا أعرف له سببا غير الظهور،فكيف يتم قوله،ان الظهور متأخر عن سبب الخيار،و يترتب على ذلك ما ذكره من حصول الخيار له، لتقدم سببه على سبب العتق،و بالجمله فإنى لا أعرف لما ذكره(قدس سره)وجها و لعله لضعف فهمى القاصر.

و يمكن أن يجاب بأن الانعتاق بالجذام و نحوه،انما هو فى الملك المستقر الذى لا يتعقبه خيار و لا فسخ،و ما نحن فيه ليس كذلك،فإنه مراعى بمضى السنه سالما من العيوب المذكوره،إذ مع ظهورها فى هذه المده فله رده،فهو غير مستقر، و ملخص البحث أن هذه الروايات مع كثرتها و صحه بعضها صريحه فى الرد بهذه العيوب التى من جملتها الجذام،و قد اتفقت على الرد به،على أن ما ذكروه من الخيار فى الصوره المذكوره سيأتى إنشاء الله تعالى فى المقام ما فيه.

ما روى فى الانعتاق بالجذام انما هو روايه السكونى (۱)و ان كان ظاهرهم الاتفاق على القول بها،و هى تضعف عن معارضه هذه الاخبار لو ثبتت المعارضه و المنافاه،فالواجب هو العمل بهذه الاخبار و حمل روايه السكونى على استقرار الملك.

۱- ۲) الكافى ج ۶ ص ۱۸۹ الفقيه ج ۳ ص ۸۴ الوسائل الباب ۲۳ من أبواب العتق الرقم ۲.

و بـذلك يظهر ما فى قوله تفريعا على ما قـدمه،فان فسـخ عتق على البائع بعده،و ان اختار الإمضاء عتق على المشترى بعده،و أين هـذا التفصـيل من ظاهر الاخبار المذكوره،و هى انما تضـمنت الرد بظهور أحد هذه العيوب خاصه، و بالجمله فالمسأله غير خاليه عن شوب الاشكال.

الخـامس-ظـاهر الأصـحاب(رضـوان الله عليهـم)هـو أنـه بظهـور أحـد هـذه العيـوب ضـمن السـنه فـإنه يتخير بيـن الرد و الأـخذ بالأـرش،كمـا هو قضـيه خيـار العيب، و الروايـات المـذكوره على كثرتهـا انمـا تضـمنت للرد خـاصه،و هى موافقه للروايات التى قدمناها فى خيار العيب حيث انها تضمنت الرد خاصه،و أما الأرش فإنما هو فى صوره التصرف المانع من الرد.

و يظهر من التحقق الأردبيلى(قدس سره)الموافقه لنا هنا-فيما فهمناه من أخبار المسأله حيث قال هنا فى تقييد المصنف الرد بعدم التصـرف و معه الأرش خاصه-ما لفظه:و أما انه إذا تصـرف فليس له الا الأرش فلا يجوز الرد،و قبله كان مخيرا،فلما تقدم و ثبت عندهم ان الرد يسقط مع التصرف فى العيب مطلقا دون الأرش،إلا ما استثنى،و ليس هذا منه.

و قد مر الإشاره الى أنى ما رأيت دليلا صحيحا صريحا فى التخيير مطلقا،و لكن يظهر عدم الخلاف منهم،و هم أعرف.انتهى.

و أشار بقوله و قـد مر الإشاره الى آخره الى ما ذكره سابقا فى خيار العيب من المناقشه فى عدم دليل يدل على الخيار بين الرد و القبول مع الأرش بعد ظهور العيب، و عدم وجوب شىء من مسقطات الخيار.

حيث قال-بعـد المناقشه لهم فى المقام بما يطول به الكلام-ما لفظه:نعم يوجد فى الاخبار ما يدل على الرد بالعيب قبل الحدث،و التصرف و الأرش بعده،مع عدم البراءه من العيوب.انتهى.

و هو جيد كما أسلفناه ذكره ثمه،إلا أنك قد عرفت مما قدمنا فى خيار العيب

دلاله ظاهر عباره كتاب الفقه الرضوى (۱)على ما ذكره الأصحاب،فلعلها كانت هى المستند،و ان غفل عنها المتأخرون،لعدم وصول الكتاب إليهم،و قد ذكرنا فى غير موضع من كتب العبادات نظائر لذلك تدفع الاستبعاد.

و أنت خبير بان هذا الكلام و ان كان الأنسب به بحث خيار العيب،إلا انا لم نقف عليه فى كلام المحقق المذكور الا بعد الوصول الى هذا المكان،فذكرناه هنا مؤيدا لما فهمناه من الاخبار الوارده فى المسأله ما سبق،و ما هنا،و الله العالم.

الحادى عشر-إذا حدث فى الحيوان عيب بعد القبض من غير جهه المشترى، و قبل انقضاء الثلاثه

،فالأقرب أنه يجتمع الخياران للمشترى،و ان بقى خيار العيب بعد الثلاثه،إذ لا يتقيد خيار العيب بالثلاثه.

و المنقول عن المحقق-فى الدرس على ما نقله فى الدروس-أنه ليس له الرد إلا بأصل الخيار،لا بالعيب،و يشير اليه قوله-فى الشرائع،-و ما يحدث فى- الحيوان بعد القبض و قبل انقضاء الخيار،فلا يمنع الرد فى الثلاثه (۲).

قال فى المسالك:المفهوم من قوله لا يمنع الرد و جعل الثلاثه ظرفا له،-أن الرد بخيار الثلاثه لا بهذا العيب الحادث،و وجه عدم منعه من ذلك ظاهر،لان العيب الحادث فى الثلاثه من غير جهه المشترى مضمون على البائع كالعيب السابق، فلا يكون مؤثرا فى رفع الخيار،و هذا هو المنقول من مذهب المصنف

ص: ۱۱۰

۱- ۱) ص ۶۴.

۲- ۲) قال فى الدروس و لو حدث فى المبيع عيب غير مضمون على المشترى لم يمنع من الرد،و ان كان قبل القبض أو فى مده خيار المشترى المشروط أو الأصل فله الرد ما دام الخيار،و لو خرج الخيار ففى الرد خلاف بين ابن نما و تلميذه المحقق،فجوزه ابن نما،لانه من ضمان البائع،و منعه المحقق،لان الرد لمكان الخيار،و قد زال.انتهى و الناقل ذلك-فى الدرس-الشهيد(رحمه الله)-فى اللمعه،منه رحمه الله.

فی المسأله، (۱)و المنقول عن ابن نما و هو شیخ المحقق أن الخیار فی المسأله المذکوره بالعیب الحادث بالتقریب المذکور آنفا،و هو کون هذا العیب الحادث کالعیب السابق مضمونا علی البائع،فکما یتخیر المشتری،بالسابق یتخیر بهذا أیضا بین الرد و الأخذ بالأرش.

و تظهر فائده الخلاف فی ثبوت الخیار بعد تمام الثلاثه و عدمه،فعلی الأول یرتفع،دون الثانی،لما عرفت من ان خیار العیب لا یتقید بالثلاثه،و غایه ما یلزم حصول الخیار فی الثلاثه بعلتین من العیب،و کون المبیع حیوانا،و هو غیر مانع، فان علل الشرع لیست عللا حقیقیه یمتنع اجتماعهما،و انما هی معرفات کما فی اجتماع خیار المجلس و الحیوان،و الشرط و الغبن و العیب،فإنه یمکن اجتماعها علی عین واحده.

و کذا تظهر الفائده هنا فیما لو شرط إسقاط بعضها،فلو أسقط الخیار الأصلی أو المشترط فله الرد بالعیب علی قول ابن نما دون قول المحقق،قال فی المسالک:

و قول ابن نما هنا أوجه.

و قال فی الروضه و الأقوی التخییر بین الرد و الأرش کالمتقدم،لاشتراکهما

ص :۱۱۱

۱- ۱) أقول:و یزیده إیضاحا أنه قد منع فی هذا الموضع أنه لیس له الرد الا بالخیار دون العیب،مع أنه صرح فی الشرائع بأن الحدث الموجب لنقص الحیوان فی الثلاثه من مال البائع و کذا التلف مع حکمه بعد ذلک بلا فصل بعدم الأرش فیه،و هذا مما ینافی کلامه المتقدم،فان مقتضاه إسقاط ما یترتب علی العیب بالکلیه،و هذا الکلام یقتضی أنه بالعیب و التلف مضمون علی البائع،کالجمله،لزم منه الحکم بالأرش،إذ لا معنی لکون الجزء مضمونا الا ثبوت أرشه،لأن الأرش عوض الجزء الفائت أو التخییر بینه و بین الرد کما أن ضمان الجمله یقتضی الرجوع بمجموع عوضها، و هو الثمن.منه رحمه الله.

فی ضمان البائع و عدم المانعیه من الرد،و هو المنقول عن شیخه نجیب الدین ابن نما.انتهی.

و منه یعلم وجه الا وجهیه الذی ذکره فی المسالک.

ثم ان ظاهر عباره القواعد هنا الموافقه لما ذکره المحقق،حیث قال:و کل عیب یحدث فی الحیوان بعد القبض و قبل انقضاء الخیار فإنه لا یمنع الرد فی الثلاثه قال المحقق الشیخ علی:و الخیار الواقع فی العباره یراد به خیار الحیوان، و کذا کل خیار مختص بالمشتری انتهی.و لم ینقل هنا فی المسأله خلافا،و لعله لعدم الوقوف علی ما نقل عن ابن نما هنا.

الثانیه عشر [تعداد العیوب فی المملوک]

-عد العلامه فی القواعد العیوب فی هذا المقام،فقال:و حقیقته- یعنی العیب-هو الخروج عن المجری الطبیعی،لزیاده أو نقصان موجب لنقص المالیه،کالجنون،و الجذام،و البرص،و العمی،و العور،و العرج،و القرن، و الفتق،و الرتق،و القرع،و الصمم،و الخرس،و أنواع المرض سواء استمر، کما فی الممراض،أولا کالعارض و لو حمی یوم،و الإصبع الزائده،و الحول، و الخوص،و السبل،و هو زیاده فی الأجفان،و التخنیث،و کونه خنثی.و الجب و الخصاء و ان زادت بهما قیمته،و بول الکبیر فی الفراش،و الإباق،و انقطاع الحیض سته أشهر و هی فی سن من تحیض،و الثفل الخارج عن العاده فی الزیت أو البزر،و اعتیاد الزنا و السرقه،و البخر و الضناء (1)الذی لا یقبل العلاج،و کون الضیعه منزل الجنود،و ثقیل الخراج،و استحقاق القتل بالرده أو القصاص،و القطع بالسرقه أو الجنایه،و الاستسعاء فی الدین،و عدم الختان فی الکبیر دون الصغیر و الأمه،و المجلوب من بلاد الشرک مع علم المشتری بجلبه.

۱- ۱) قال فی مصباح المنیر:ضنی من باب تعب مرض مرضا ملازما حتی أشرف علی الموت فهو ضن بالنقص،و الضناء بالفتح و المد اسم منه علی آخوندی.

و الثيوبه ليست عيبا،و لا ـ الصيام و لا ـ الإحرام،و لا الاعتداد،و لا التزويج و لا معرفه الغناء و النوح،و لا العسر على اشكال،و لا الكفر،و لا كونه ولد زنا و ان كان جاريه،و لا عدم المعرفه بالطبخ أو الخبز،و غيرهما،انتهى.

و زاد فى الدروس الحدب فى الظهر و الصدر،و السلع،و عدم شعر الركب قال:و هى قضيه ابن أبى ليلى مع محمد بن مسلم،و الحبل فى الأمه،دون الدابه، و الخيانه،و الحمق البين،و شرب المسكر،و النجاسه فى غير قابل التطهير،أو فيه إذا احتاج زوالها الى مؤنه و اقتضى نقصا فى المبيع،و كونه لزنيه،و كونه أعس على الأقرب.

ثم قال:أما الكفر و الغناء و عدم معرفه الصنائع،و كونه محرما أو صائما، أو حجاما أو حائكا فليس بعيب،ثم قوى كون الكفر عيبا،وفاقا لابن الجنيد و الشيخ فى أحد قوليه.

و نقل فى الدروس عن الشيخ أنه لم يجعل البخر فى الرقيق،و لا بول الكبير فى الفراش و لا الزنا عيبا،و كذا عدم الختان مطلقا.

أقول:و المراد بالخروج عن المجرى الطبيعى:أى كل ما يزيد أو ينقص عن أصل الخلقه التى خلق عليها أكثر ذلك النوع و أغلبه،و فى اندراج ثقيل الخراج و منزل الجنود الذى عده هنا فى ذلك محل اشكال،لاختصاص ما ذكره بالحيوان الا أن يراد بعبارته ما هو أعم مما ذكر،و مما جرى به العاده الغالبه،ليكون على نهج مقتضى الطبيعه.

ثم ان فى تقييده بكونه موجبا لنقص الماليه كما ذكره فى التذكره أيضا إشكال لانتقاض ذلك بالخنثى و المجبوب و عدم الشعر على العانه فإنها عيوب،مع أنها موجبه لزياده الماليه،فكان الأظهر أن يقيد العباره بقوله غالبا،و لهذا ان جمله من الأصحاب لم يذكروا هذا القيد،كالمحقق فى الشرائع،و هو(قدس سره) فى القواعد و غيره،و من ثم استشكل جمله منهم فى الأرش فى هذه العيوب الثلاثه،

حيث أن العله فی الأرش النقصان،و هو منتف هنا.

و القرن-فی نهایه ابن الأثیر-بسكون الراء:شیء یكون فی فرج المرأه كالسن یمنع من الوطی،و یقال له:العفل،و فی كتاب الجمهره لابن درید بالتحریک قال:و امرأه قرناء،و هی التی یظهر قرنه رحمها من فرجها،و هو عیب، و الاسم القرن،و ضبطها ضبطا معتمدا محرکه.

و الفتق:بالتحریک علی ما ذکره فی النهایه قال:الفتق بالتحریک انفتاق المثانه،و قیل:انفتاق الصفاق إذا دخل فی فراق البطن،و قیل هو أن ینقطع اللحم الذی علی الأنثیین.

قال بعض المحققین:و ضبطه فی الغریبین بالتحریک أیضا،قال:هكذا أقرأنیه الأزهری،و علی حاشیه الفائق بخط بعض الأفاضل ان هذا و هم و افتراء علی الأزهری،و أنه وجد بخطه بالإسكان و علیه صح انتهی.

و الرتق:علی ما ذکره جمله من أهل اللغه بالتحریک-هو أن یكون الفرج ملتحما لیس فیه للذكر مدخل،و رتقت المرأه رتقا من باب تعب،فهی رتقاء إذا انسد مدخل الذكر من فرجها،فلا یستطاع جماعها.

و القرع:بالتحریک قال فی الجمهره:و قرع رأس الإنسان یقرع:إذا انحات شعره.الذكر أقرع،و المرأه قرعاء.

و الحرض (1):قال فی كتاب المصباح المنیر:حرض حرضا من باب تعب أشرف علی الهلاک فهو حرض تسمیه بالمصدر مبالغه.

و الحول قال فی القاموس:الحول محركه ظهور البیاض فی مواخر العین، و یكون السواد من قبل الماق،أو إقبال الحدقه علی الأنف،أو ذهاب حدقتها قبل

۱- ۱) لم یذكر هذا فی صدر المسأله فی كلام العلامه،و كأنه سقط هناک من النسخ التی عندنا و الله اعلم.منه رحمه الله.

مؤخرها،أو أن تكون العين كأنما تنظر الى الحجاج،أو ان تميل الحدقه إلى اللحاظ و فى كتاب الجمهره حول الرجل حولاً إذا كان أحد سواد عينيه فى موقه،و الأخر فى لحاظه.و فى كتاب مجمع البحرين:و رجل أحول العين و حولت عينه، و احولت ايضا بالتشديد.

و الخوص بالخاء المعجمه و الصاد المهمله،قال فى كتاب مصباح المنير:

(الخوص)مصدر من باب تعب،و هو ضيق العين و غورها،و فى القاموس الخوص بالخاء المعجمه.محركه غؤور العينين،حوص كفرح فهو أخوص،و بالمهمله محركه:ضيق فى مؤخر العين أو فى إحداهما.حوص كفرح فهو أحوص.

و السبل:و قد فسره المصنف بأنه زياده فى الأجفان،و قال فى القاموس و السبل غشاوه العين من انتفاخ عروقها الظاهره فى سطح الملتحمه،و ظهور انتساج شيء فيما بينهما كالدخان.

و التخنيث:أى كونه مخنثا ممكنا من نفسه،و هو من أقبح العيوب.

و الجب:قال فى القاموس:الجب القطع كالجباب،و الاجتباب و استئصال الخصيه.

و الخصاء قال فى القاموس:و خصاه خصا سل خصيتيه،فهو خصى و مخصى، و فى الصحاح:خصيت الفحل خصاء ممدودا إذا سللت خصيتيه.

و السلعه:قال فى كتاب المصباح المنير:السلعه خراج كهيئه الغده يتحرك بالتحريك،قال الأطباء:هى ورم غليظ غير ملتزق باللحم،يتحرك عند تحريكه، و لها غلاف و تقبل التزايد،لأنها خارجه عن اللحم.و لهذا قال الفقهاء:يجوز قطعها عند الأمن.انتهى.

و العس و الاعس:هو قوه اليد اليسرى على ما تقوى عليه اليمنى مع ضعف اليمنى،و وجه الإشكال فى كلام العلامه المشار إليه بالأقربيه فى عباره الدروس،

ص :115

من أن المطلوب من المنافع حاصل،و من خروجه عن المجری الطبیعی الـذی تضـمنته روایه محمد بن مسـلم،و وجه الأقربیه التی ذکرها فی الدروس ظاهر لدخوله تحت الروایه المذکوره.

أقول:و الأصل فی هذه المسأله

قول النبی(صلی الله علیه و آله)فی روایه محمد بن مسلم المتقدمه فی خیار العیب (۱)

«کلمـا کـان فی أصـل الخلقه فزاد أو نقص فهو عیب». مضافـا الی مـا ورد فی النکـاح من ذکر بعض هـذه العیوب الا انه یشـکل الحکم فی کثیر مما عدوه هنا مع عدم دخوله تحت الکلیه المذکوره،سـیما مع کون بعضه عیبا فی العرف مثل المخنث،و ما ذکر من حکم الضـیعه فی کلاـم العلاـمه، و من ثم اعترض بعضـهم علی عـد الکفر عیبا بأنه لیس خروجا عن المجری الطبیعی، الا أن یقال:ان

قوله(علیه السلام) (۲)

«کل مولود یولد علی الفطره». قد یدل علی خروجه عنه،و فیه ما لا یخفی.

و بالجمله فالمسأله فی جمله من الموارد لا تخلو من الاشـکال،لعدم الدلیل العام الشامل لجمیع ما ذکروه،و ما ذکره هنا فی عباره القواعد من تقیید الزنا و السرقه بالاعتیاد،خلاف ما صرح به فی التذکره و التحریر،فإنه صرح بالحکمین خالیا من قید الاعتیاد،و هو الذی صرح به فی الدروس ایضا.

قـال المحقق الشیخ علی(رحمه الله)فی شـرح الکتاب:و ظنی أن الاعتیاد غیر شـرط،لأن الإقـدام علی القبیـح مره یوجب الجرأه،و لترتب وجوب الحد الذی لا یؤمن معه الهلاک علیها،ثم قال:فعلی هذا یکون شرب الخمر عیبا،و مال فی التذکره إلی عدمه.

أقول:و فی اندراج الزنا و السرقه تحت کلیه العیوب المذکوره فی الخبر

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۶۵ ح ۲۶.
۲- ۲) البحار ج ۳ ص ۲۷۹.

اشكال،لما عرفت،مع أنهما عيب عرفا،ثم قال المحقق المذكور على اثر الكلام المتقدم:و لو حصلت التوبه الخالصه المعلوم صدقها بالقرائن القويه فی هذه المواضع بعد تحقق العيب،ففی زوال الحكم نظر،انتهی.

أقول:الظاهر أنه لا إشكال فی زوال الحكم،لتصريح الاخبار (۱)

«بأن التائب من الذنب كمن لا ذنب له». -سيما إذا كانت توبه نصوحا كما فرضه،و كيف لا و بالتوبه النصوح يزول الفسق،و تثبت العداله الموجبه للأمانه،و قبول الشهاده، و أی عيب يبقی حينئذ بعد ذلك،حتی أنه(قدس سره)تنظر فی زوال العيب.

و ما اختاره فی كفارات القواعد من أن التولد من الزنا ليس عيبا هو أحد القولين،و فی الدروس اختار كونه عيبا،و احتمل فی حواشی القواعد كونه عيبا لحصول النقص فی نسب الولد.

و فيه أولا أن هذا ليس فيه خروج عن المجری الطبيعی الذی بنوه عليه ثبوت العيب،و ثانيا أن المقصود من الجاريه،الماليه لا الاستيلاد،نظير ما صرحوا به فی المتعه.

الثالثه عشر [عدم بطلان الخيار بعدم الرد بعد العلم]

-المعروف من مذهب الأصحاب-من غير خلاف يعرف-انه إذا علم بالعيب و لم يرد لم يبطل خياره،و لو تطاولت المده.نعم جعله فی التذكره أقرب،و ربما أشعر ذلك بخلاف فی المسأله،الا أنه لم ينقل،و يحتمل كون ذلك فی مقام الرد علی الشافعی،حيث نقل عنه الفوريه فی هذا الخيار،قال:فی المسالك و هو محتمل ان لم يثبت الإجماع بالتقريب السابق فی نظائره،انتهی.

و لا فرق عندهم بين أن يكون الغريم حاضرا أو غائبا،خلافا لأبی حنيفه حيث شرط حضور الغريم فی جواز الفسخ.

۱- ۱) الوسائل الباب-۸۶ من أبواب جهاد النفس الرقم-۸-۱۴.

الفصل الرابع فی أحكام العقود

اشاره

و البحث هنا يقع فی مطالب أربعه،

[المطلب] الأول-فی النقد و النسيئه

اشاره

،أی البيع الحال و المؤجل،سمی الأول نقدا باعتبار كون الثمن منقودا و لو بالقوه،و الثانی مأخوذ من النسیء و هو تأخير الشیء،تقول:أنسأت الشیء إنساء:أی أخرته، و النسيئه اسم:وضع موضع المصدر.

قال شيخنا الشهيد الثانی(عطر الله مرقده):و اعلم أن البيع بالنسبه إلی تعجيل الثمن و المثمن و تأخيرهما و التفريق،أربعه أقسام:فالأول النقد،و الثانی بيع الكالئ بالكالئ بالهمز اسم فاعل أو مفعول من المراقبه،لأن كلا من الغريمين يرتقب صاحبه لأجل دينه،و مع حلول المثمن و تأجيل الثمن هو النسيئه،و بالعكس السلف،و كلها صحيحه عدا الثانی،و قد ورد النهی عنه (1)و انعقد الإجماع علی فساده.

ص:118

1- 1) المستدرک ج 2 ص 491 و فی الحديث نهی(صلی الله عليه و آله) عن بيع الكالئ بالكالئ بالهمزه و بدونه،و معناه بيع النسيئه بالنسيئه، و ذلک كان يسلم الرجل الدراهم فی طعام إلی أجل فإذا حل الأجل،يقول الذی حل عليه الطعام ليس عندی طعام،و لكن بعنی إياه إلی أجل،فهذه نسيئه انقلب إلی نسيئه نعم لو قبض الطعام و باعه إياه لم يكن كاليا بالكالئ«منه رحمه الله».

أقول:الظاهر أن النهى عن بيع الكالى بالكالى ما هو من من طريق العامه (۱)و الذى فى أخبارنا انما هو النهى عن بيع الدين بالدين كما فى روايه طلحه بن زيد (۲)

و فى الصحيح (۳)فى بيع الدين قال:

«لا يبيعه نسيئا،فلما نقدا فليبعه بما شاء».

و يظهر من التذكره ان بيع الكالئ بالكالئ هو أن يبيع الدين بالدين،سواء كان مؤجلا أم لا (۴)و ظاهرهم تحريم الأمرين كليهما و سيجىء تحقيق المسأله إنشاء الله تعالى فى كتاب الدين.

و فى هذا المقام مسائل.

[المسأله] (الاولى)-من اشترى مطلقا كان الثمن حالا

من غير خلاف،و يدل عليه ما رواه

ثقه الإسلام فى الكافى عن عمار بن موسى فى الموثق (۵)عن أبى عبد الله(ع)

«فى رجل اشترى من رجل جاريه بثمن مسمى ثم افترقا؟قال:وجب البيع، و الثمن إذا لم يكونا اشترطا فهو نقد».

أقول:يعنى إذا لم يشترطا التأخير،و لو اشترطا التعجيل أفاد التأكيد، لما عرفت من أن الإطلاق يقتضى التعجيل.

۱- ۱) سنن البيهقى ج ۵ ص ۲۹۰.

۲- ۲) الوسائل الباب-۵-من أبواب الدين الرقم ۱-الكافى ج ۵ ص ۱۰۰.

۳- ۳) الوسائل الباب-۶-من أبواب أحكام العقود الحديث-۸.

۴- ۴) قال ابن الأثير فى النهايه:نهى عن الكالى بالكالى أى النسيئه بالنسيئه، و ذلك أن يشترى الرجل شيئا الى أجل،فإذا حل الأجل لم يجد ما يقضى به،فيقول بعنيه إلى أجل آخر بزياده شيء فيبيعه منه،و لا يجرى بينهما تقابض.انتهى منه.

۵- ۵) الوسائل الباب-۱-من أبواب أحكام العقود الرقم ۲.

قال فی الدروس:فان شرطه تأكد،و أفاد التسلط علی الفسخ إذا عین زمان النقد و أخل المشتری به،أقول:هذا مبنی علی مذهبه فی المسأله (۱).

و أما علی القول الأخر فإن الشرط لازم یجب الوفاء به،و یجبر علی ذلک،و قد تقدم ذکر المسأله فی المسأله الاولی من المقام الثانی فی أحکام الخیار (۲)و ان اشترط تأجیل الثمن،وجب أن تكون المده معینه مضبوطه لا تقبل الزیاده و النقصان (۳)فلو شرط التأجیل و لم یعین،أو عین أجلا یحتمل الزیاده و النقصان كقدوم الحاج و إدراك الغله،أو عین ما هو مشترك بین أمرین أو أمور-كالنفر من منی فإنه مشترك بین أمرین،و شهر ربیع فإنه مشترك بین شهرین-لا یصح،هذا هو المشهور،و قیل:یصح، و یحمل علی الاولی فی الجمیع،لتعلیقه الأجل علی اسم معین و هو یتحقق بالأول، لكن یعتبر علمهما بذلك قبل العقد،لیتوجه قصدهما إلی أجل مضبوط.

أقول:و المستفاد من الاخبار (۴)انما هو الأول،و هو الذی علیه العمل،و لا فرق فی المده بین كونها قصیره أو طویله،بل قال فی المسالك:«فلو شرطا ها ألف سنه-و نحوها-صح و ان علما أنهما لا یعیشان إلیها عاده،للعموم،و لان الوارث یقوم مقامهما.

---

۱ - ۱) حیث انه قال فی بحث الشرط:یجوز اشتراط سائغ فی البیع،فیلزم الشرط علیه من طرف المشترط علیه،فان أخل به فللمشترط الفسخ،و هل یملك إجباره علیه فیه نظر انتهی منه قدس سره.

۲- ۲) ص ۶۵.

۳- ۳) و من أصرح الاخبار فی ذلك قول أمیر المؤمنین(علیه السلام)فی روایه غیاث بن إبراهیم«لا بأس بالسلف كیلا معلوما إلی أجل معلوم،و لا تسلمه الی دیاس و لا الی حصاد»ای لا یكون الأجل دق الطعام أو حصاده،و هو صریح فی المدعی منه قدس سره.

۴- ۴) الوسائل الباب-۳-من أبواب السلف الرقم-۵.

أقول:ما ذكره شيخنا(قدس سره)من عدم الفرق هنا بين المده القصيره و الطويله-هو المشهور فی كلام الأصحاب،و نقل عن ابن الجنيد أنه منع من أقل من ثلاثه أيام فی السلف،و من أكثر من ثلاث سنين مطلقا.

و الذی وقفت عليه هنا من الاخبار ما رواه

فی الكافی عن أحمد بن محمد (۱)قال:

«قلت لأبی الحسن(عليه السلام):انی أريد الخروج الی بعض الجبال فقال:

ما للناس بد من أن يضطربوا سنتهم هذه،فقلت له:جعلت فداك انا إذا بعناهم بنسيئه كان أكثر للربح،قال:فبعهم بتأخير سنه،قلت:بتأخير سنتين؟قال:نعم،قلت بتأخير ثلاث؟قال:لا».

و ما رواه

عبد الله بن جعفر الحميری فی كتاب قرب الاسناد عن أحمد بن محمد ابن عيسى عن احمد بن محمد بن ابی نصر (۲)

«أنه قال لأبی الحسن الرضا(عليه السلام) ان هذا الجبل قد فتح على الناس منه باب رزق،فقال:ان أردت الخروج فاخرج فإنها سنه مضطربه،و ليس للناس بد من معاشهم،فلا تدع الطلب،فقلت:انهم قوم ملاء و نحن نحتمل التأخير فنبايعهم بتأخير سنه؟قال:بعهم،قلت:سنتين؟قال:

بعهم قلت:ثلاث سنين؟قال:لا يكون لك شیء أكثر من ثلاث سنين».

و لعل ابن جنيد استند الی ذلك،و ان كانت أقواله فی جل الأحكام بعيده المداعن أخبارهم(عليهم السلام)و الظاهر حمل الخبرين المذكورين على الكراهه لما يستلزمه من طول الأمل،أو من حيث صعوبه تحصيله بعد هذه المده الطويله، لما هو معلوم من أحوال الناس فی ثقل أداء الدين،و لا سيما إذا كان بعد أمثال هذه المده.

۱- ۱) الوسائل الباب-۱-من أبواب أحكام العقود الرقم ۱-الكافی ج-۵ ص ۲۰۷.

۲- ۲) الوسائل الباب-۱ من أبواب أحكام العقود الرقم-۳.

و لو باع بثمن حالاـو بأزيد منه مؤجلا-أو فاوت بين أجلين فى الثمن كان يقول بعتك حالا بمائه،و الى شهر بمأتين،أو مؤجلا إلى شهر بمائه،و الى شهرين بمائتين-فالمشهور البطلان،لجهاله الثمن،لتردده بين الأمرين.و قيل:ان للمشترى أن يأخذه مؤجلا بأقل الثمنين (۱).

و يدل على هذا القول ما رواه

ثقه الإسلام فى الكافى عن على بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبى نجران عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس (۲)عن أبى جعفر(ع) و الصدوق فى الفقيه عن محمد بن قيس عن أبى جعفر(عليه السلام) قال:

«قال أمير المؤمنين(عليه السلام):من باع سلعه فقال:ان ثمنها كذا و كذا يدا بيد،و ثمنها كذا و كذا نظره،فخذها بأى ثمن شئت،و جعل صفقتهما واحده فليس له الا أقلهما

ص: ۱۲۲

۱- ۱) أقول:الذى وقفت عليه فى كلام المتقدمين من الخلاف انما هو فى الصوره الاولى:و هو البيع بثمن حالا و بأزيد مؤجلا،و مذهب الشيخ فى النهايه هو أن له أقل الثمنين و أبعد الأجلين،و المفيد قال:لا يجوز البيع كذلك،ثم قال:فان ابتاع انسان على هذا الشرط كان عليه أقل الثمنين فى آخر الأجلين،و عن السيد المرتضى انه مكروه،و عن ابن الجنيد انه لا يحل،و عن سلار انه باطل غير منعقد،و هو قول ابى الصلاح، و عن ابن البراج مثل مذهب الشيخ المفيد،و ظاهر كلاهما أن العقد صحيح غير لازم،و التعبير بالبطلان كنايه عن عدم لزومه،و الا فلا معنى لقولهما ان اجرى البيع على هذا الشرط،كان الحكم ان للبائع أقل الثمنين إلى أبعد الأجلين،و عن ابن حمزه انه لا يصح،و عن ابن إدريس أنه لا يجوز و يبطل البيع،و هو المشهور بين المتأخرين من العلامه و المحقق و من تأخر عنهما.منه رحمه الله.

۲- ۲) الكافى ج ۵-ص ۲۰۶ الفقيه ج ۳ ص ۱۷۹.

و ان کـانت نظره»و زاد فی الکـافی«قال:-و قال علی(علیه السـلام):من ساوم بثمنین أحـدهما عاجل و الأخر نظره فلیسم أحـدهما قبل الصفقه».

و ما رواه

الشیخ فی التهذیب عن السکونی عن جعفر عن أبیه عن آبائه (علیهم السلام) (۱)

«أن علیا(علیه السـلام)قضی فی رجل باع بیعا و اشترط شرطین، بالنقد کذا و بالنسیئه کذا،فأخذ المتاع علی ذلک الشرط فقال:هو بأقل الثمنین و أبعد الأجلین،یقول:لیس له الا أقل النقدین إلی الأجل الذی أجله بنسیئه».

و الأصـحاب قد ردوا هذا القول بالضـعف و الندور،و روایته بالضـعف و الشذوذ، حتی المحدث الکاشانی فی المفاتیح،و الظاهر أنهم لن یقفوا الا علی روایه السـکونی، و الا فروایه محمد بن قیس صحیحه بروایه الفقیه،و حسنه لا تقصر عن الصحیح،بناء علی الاصـطلاح الغیر الصـحیح علی روایه الکافی،إلا أن الزیاده التی فی صحیحه محمد بن قیس علی روایه الکافی لا تخلو من منافره لمـا دلت علیه الصـحیحه المـذکوره، فـإن الظـاهر أن المراد منها کما ذکره بعض مشایخنا(نور الله مراقـدهم)هو أنه لا یجوز هـذا التردید،بل لا بد من أن یعین أحدهما قبل العقد و یوقعه علیه.

و قـال بعض المحققین:لعـل معنـاه أن یعین کـل واحـد منهما قبل وقوع البیع و علی هـذا فلا منافره فی العباره المـذکوره،و ظاهر الفاضل الخراسانی فی الکفایه اختیار هـذا القول،للخبرین المذکورین مع صـحه الأول منهما و هو جید،الا أن ذلک غیر خال من الاشـکال من حیث هـذه الزیـاده التی فی الکـافی،فإنها ظاهره فی موافقه القول المشـهور بالتقریب الـذی ذکرناه أولا،و ان کانت علی الاحتمال الأخر غیر منافیه.

و ظاهر جمله من الأصحاب الاستناد فی رد هذا القول الی ما روی من النهی «عن بیعین واحده»و الظاهر انه اشاره الی ما رواه

فی التهذیب عن سلیمان

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۵۳.

بن صالح (۱)عن أبی عبد الله(علیه السـلام)قال: نهی رسول الله(صلی الله علیه و آله)عن سلف و بیع،و عن بیعین فی بیع،و عن بیع ما لیس عندک،و عن ربح ما لم یضمن.

و عن عمار الساباطی (۲)فی الموثق عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

« بعث رسول الله(صـلی الله علیه و آله)رجلا من أصـحابه والیا فقال له:انی بعثتک الی أهل الله یعنی أهل مکه-فانهیهم عن بیع ما لم یقبض،و عن شرطین فی بیع و عن ربح ما لم یضمن».

قال فی الوافی قیل أریـد«بشـرطین فی بیع»ما أریـد«ببیعین فی بیع»فی سابقه و هو ان یقول بعتک هـذا الثوب نقـدا بعشـره،و نسـیه بخمسه عشر،و انما نهی عنه،لانه لا یدری أیهما الثمن الذی یختاره لیقع علیه العقد انتهی ثم قال:

و ربما یفسر«بیعین فی بیع»بان یقول بعتک هذا بعشرین،علی ان تبیعنی ذلک بعشره أو بما یشمل المعنیین انتهی.

أقول:ان هـذین الخبرین غیر خلیین من الإجمـال المـانع من الاعتمـاد علیهمـا فی الاسـتدلال،و الخروج بهمـا عن صـریح الخبرین المتقدمین لا یخفی ما فیه.

نعم یبقی الإشـکال فی ذینک الخبرین بما ذکره المحقق الأردبیلی طاب ثراه فی هـذا المقام،حیث قال-بعد الکلام فی بیان سـند الصـحیحه المذکوره-و بالجمله الظاهر اعتبار سـندها،و لکن فی مضمونها تأمل و ان عمل به،لان المالک انما رضی بالبیع بالثمن الکثیر نظره،فکیف یلزم بأقلهما نظره،و معلوم أن رضا الطرفین شرط فی العقد،

«و لا یحل مال امرء الا بطیب نفسه (۳). و الحاصل أن الأدله العقلیه

ص: ۱۲۴

۱- ۱) الوسائل الباب-۲-من أبواب أحکام العقود الرقم ۲ التهذیب ج ۷ ص ۲۳۰.
۲- ۲) الوسائل الباب-۱۰-من أبواب أحکام العقود الرقم ۶ التهذیب ج ۷ ص ۲۳۱.
۳- ۳) الوسائل الباب ۳-من أبواب مکان المصلی الرقم ۱-۳.

و النقليه كثيره على عدم العمل بمضمونها فلا يعمل به و ان كانت صحيحه،فكيف العمل بها مع كونها حسنه لوجود إبراهيم بن هاشم لو سلم ما تقدم،و ان كان الظاهر ان إبراهيم لا بأس به،و ما تقدم صحيح.

و تقديم مثل هذه على الأدله العقليه و النقليه-و تخصيصهما به و الحكم بصحه البيع-لا يخلو عن شيء لأجل ذلك،لا لأنها تستلزم الجهاله و الغرر كما فهم من التذكره، لأن دخولها تحت الغرر المنفى و الجهل الممنوع غير ظاهر،لان الاختيار اليه،و على كل من التقديرين الثمن معلوم،على أنه قد تقرر أن الأجل بالأقل،و لا لأن فى سندها جهاله و ضعفا كما فى شرح الشرائع.لأن ذلك غير ظاهر،بل الظاهر ما عرفت،فينبغى أما العمل بمضمونها و فيه بعد،و اما تأويلها فتأمل انتهى و هو جيد.

و الروايتان المذكورتان و ان كان موردهما مخصوصا بما إذا كان البيع بثمن حال و مؤجل،الا أن الأصحاب عدوهما أيضا الى ما إذا باع الى وقتين متأخرتين بتفاوت بين الثمنين من حيث قرب الأجل و بعده،كما تقدم،و أنت خبير بما فيه.

المسأله الثانيه [صحه البيع الثانى لو اشتراه البائع فى حال كون البيع الأول نسيئه]

المشهور بين الأصحاب أنه لو اشتراه البائع فى حال كون البيع الأول نسيئه صح البيع الثانى،سواء كان قبل الأجل أو بعده،بجنس الثمن و غيره، بزياده أو نقيصه،و قيل:بالتحريم فى ما إذا كان البيع بجنس الثمن بزياده أو نقصان،و قيل:بتخصيص ذلك بالطعام،و القول بالصحه فيما اتفقوا عليه مشروط بأن لا يشترط فى بيعه الأول بيعه من البائع،و الا لبطل البيع الأول سواء كان حالا أو مؤجلا و سواء شرط بيعه من البائع بعد الأجل أم قبله.

و الذى وقفت عليه من الاخبار فى هذا المقام ما رواه

الصدوق فى الصحيح عن منصور بن حازم (۱)قال:

«قلت لأبى عبد الله(عليه السلام):رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه،فاتى الطالب المطلوب يتقاضاه،فقال له

۱- ۱) الوسائل الباب-۵-من أبواب أحكام العقود الحديث-۱-الفقيه ج ۳ ص ۱۶۵.

المطلوب:أبيعك هذا الغنم بدراهمك التى لك عندى فرضى قال:لا بأس بذلك».

و مورد هـذه الروايه هو شـراء ما باعه عليه نسـيئه بعد حلول الأجل بما هو أعم من الزياده أو النقيصه بالنسـبه إلى الثمن الأول من غير شرط سابق،و منه يعلم عدم الفرق فى الجواز بين حلول الأجل و قبله إذا لم يكن طعاما.

و بالسند المتقدم

عن منصور بن حازم (۱)قال:

«سـألت أبـا عبـد الله(عليه السـلام) عن الرجل يكون له على الرجل طعام أو بقر أو غنم أو غير ذلك،فاتى المطلوب الطالب ليبتاع منه شيئا،قال:لا يبيعه نسيئا،فأما نقدا فليبعه بما شاء».

قال فى الوافى:«شيئا»أى من ذلك المتاع الذى عليه،و لا يبعد أن يكون تصحيف نسيئا انتهى و هو جيد.

أقول:و هـذا الخبر ظاهر فى جواز شـراء ما باعه نسـيئه قبل حلول الأجل بزياده أو نقيصه نقـدا،و الظاهر أنه انما منع من بيعه نسـيئه لاسـتلزامه بيع الـدين بالـدين،لاـن هـذه الأشـياء دين على من اشتراها،فمتى باعها بثمن مؤجل لزم بيع الـدين بالـدين، و فيه كلام (۲)يأتى إنشاء الله تعالى فى مسأله الدين بالدين و تحقيق ما هو المراد من ذلك.

و كيف كـان فـان هـذا الخبر منـاف لمـا قـدمنا نقله عنهم من تجويزهم شـراء النسـيئه حالا أو مؤجلا،لـدلاله الخبر كما ترى على التخصيص بالنقد و المنع من النسيئه.

۱- ۱) الوسائل الباب-۶-من أبواب أحكام العقود الحديث ۸-التهذيب ج ۷ ص ۴۸.

۲- ۲) و هو أن جمله من الأصـحاب منهم شـيخنا الشـهيد الثانى صرحوا بأن الدين بالدين الممنوع-فى الاخبار منه-انما هو ما إذا كـان العوضـان دينا قبل العقـد،كما لو باعه الـدين الـذى فى ذمته،بـدين آخر له فى ذمته،أو فى- ذمه ثالث،أو تبايعا دينا فى ذمه غريم لأحـدهما،بـدين فى ذمه غريم آخر للآـخر،و نحو ذلـك،لاـ مـا إذا بـاع دينا بمؤجل فى العقـد،لأنه إنما صار دينا بالعقـد،و اشترط التأجيل فيه،و هـذا الخبر كما ترى ظاهر فى خلاف ما ذكره،إذ لا وجه للنهى هنا الا من حيث لزوم بيع الـدين بالدين،كما لا يخفى.منه رحمه الله.

و منها ما رواه

فی الکافی و التهذیب فی الصحیح عن بشار بن یسار (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن الرجل یبیع المتاع بنساء فیشتریه من صاحبه الذی یبیعه منه؟قال:نعم لا بأس به،فقلت له:اشتری متاعی؟فقال:

لیس هو متاعک و لا بقرک و لا غنمک». و هو ظاهر فی جواز الشراء بالزیاده و النقصان قبل الأجل و بعده بجنس الثمن أو غیر جنسه.

و روی فی الکافی و التهذیب عن الحسین بن المنذر (۲)قال:

«قلت لأبی عبد الله(علیه السلام)یجیئنی الرجل فیطلب العینه فاشتری له المتاع مرابحه،ثم أبیعه إیاه،ثم أشتریه منه مکانی؟قال:فقال:إذا کان بالخیار ان شاء باع، و ان شاء لم یبع (۳)و کنت ایضا بالخیار ان شئت اشتریت،و ان شئت لم تشتر فلا بأس،قال:قلت:فإن أهل المسجد یزعمون أن هذا فاسد،و یقولون:

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۰۸ التهذیب ج ۷ ص ۴۸ الوسائل الباب-۵ من أبواب أحکام العقود.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۰۲ التهذیب ج-۷ ص ۵۱ الوسائل الباب-۵-من أبواب أحکام العقود.

۳- ۳) فان قوله:إذا کان بالخیار ان شاء باع الی آخره کنایه عن تحقق البیع الأول،فإنه متی تحقق وجب انتقال کل من العوضین الی مالکه فصار لکل منهما الخیار فیما انتقل الیه بخلاف ما إذا حصل الشرط فی العقد الأول،فإنه یرفع الخیار و الاختیار.منه رحمه الله.

ان جاء به بعد أشهر صلح.فقال:ان هذا تقديم و تأخير فلا بأس به». و فى هذا الخبر إيماء إلى انه مع الشرط لا يصح البيع،و انه لا بد من تحقق العقد الأول واقعا و عدم توقفه على شرط.

و أظهر منه فى ذلك ما رواه

الحميرى فى قرب الاسناد عن على بن جعفر (۱)عن أخيه موسى(عليه السلام) قال:

«سألته عن رجل باع ثوبا بعشره دراهم،ثم اشتراه بخمسه دراهم أ يحل؟قال:إذا لم يشترط و رضيا فلا بأس». و رواه

على بن جعفر فى كتابه،الا أنه قال:

«بعشره دراهم إلى أجل ثم اشتراه بخمسه دراهم بنقد».

و هو أظهر فى عنوان المسأله.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن ظاهر كلام الأصحاب أنه لا دليل فى الاخبار على ما ذكروه من البطلان بالشرط فى العقد الأول و انما استدل عليه العلامه فى التذكره باستلزامه الدور،و ناقشه جمله من المتأخرين،منهم شيخنا الشهيد الثانى قال(قدس سره)فى المسالك:و اختلف كلامهم فى تعليل البطلان مع الشرط المذكور، فعلله فى التذكره باستلزامه الدور،لان بيعه له يتوقف على ملكه له،المتوقف على بيعه،و رد بأن الموقوف على حصول الشرط هو اللزوم لا الانتقال،و تمنع توقف تملك المشترى على تملك البائع،بل تملكه موقوف على العقد المتأخر عن ملك المشترى،و لانه وارد فى باقى الشروط كشرط العتق،و البيع للغير مع صحته إجماعا،و علل أيضا بعدم حصول القصد الى نقله عن البائع،و يضعف بأن الفرض حصوله،و اراده شرائه بعد ذلك لا ينافى حصول قصد النقل،و ألا لم يصح إذا قصدا و ان لم يشترطا،و قد صرحوا بصحته.انتهى.

أقول:و قد عرفت الدليل على ذلك من الخبرين المذكورين،فلا حاجه

۱- ۱) الوسائل الباب-۵-من أبواب أحكام العقود الرقم-۶.

الی هذه التعلیلات،و لکنهم لم یقفوا علیهما،و السبب فی ذلک هو قصور النظر عن تتبع الاخبار.

و أما القول بالبطلان فیما إذا کان البیع الثانی بجنس الثمن الأول مع الزیاده أو النقصان فهو للشیخ-قدس سره-فی النهایه قال فی الکتاب المذکور:

إذا اشتری نسیئه فحل الأجل و لم یکن معه ما یدفعه إلی البائع جاز للبائع أن یأخذ منه ما کان باعه إیاه من غیر نقصان من ثمنه،فإن أخذه بنقصان مما باع،لم یکن ذلک صحیحا،و لزمه ثمنه الذی کان أعطاه به،فإن أخذ من المبتاع متاعا آخر بقیمته فی الحال لم یکن بذلک بأس»انتهی.

و استند-قدس سره فیما ذکره-الی ما رواه

فی التهذیب عن خالد بن الحجاج (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن رجل بعته طعاما بتأخیر إلی أجل مسمی،فلما جاء الأجل أخذته بدراهمی،فقال:لیس عندی دراهم و لکن عندی طعام فاشتره منی،فقال:لا تشتره منه فإنه لا خیر فیه».

و أنت خبیر بأن هذا الخبر مع صحه العمل به غیر منطبق علی مدعاه من وجوه،أحدها-من حیث أن موردها الطعام،و مدعاه أعم کما تقدم فی عبارته،و لهذا خص البعض الحکم بالطعام کما قدمنا الإشاره الیه،و ثانیها-تخصیصه ذلک بالعین التی باعها فإنه حکم بالجواز فی عبارته المذکوره فی غیرها،و مورد الروایه أعم من ذلک،و ثالثها-تخصیصه المنع بالزیاده و النقیصه،أما المثل فجائز عنده و الروایه ظاهره المنع فی الجمیع.

و ما رواه

فی الفقیه عن عبد الصمد بن بشیر (۲)عن أبی عبد الله(علیه السلام)

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۳۳.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۳۵ مع اختلاف یسیر الفقیه ج ۳ ص ۱۳۰ الاستبصار ج ۳ ص ۷۷.

قال: «سأله محمد بن القاسم الحناط فقال:أصلحك الله أبيع الطعام من الرجل إلى أجل،فأجیء و قد تغیر الطعام من سعره،فیقول:لیس عندی دراهم،قال:خذ منه بسعر یومه،فقال:أفهم-أصلحك الله-انه طعامی الذی اشتراه منی قال:لا تأخذ منه حتی یبیع و یعطیك،قال:أرغم الله أنفی رخص لی فرددت علیه فشدد علی».

و هذا الخبر أورده الشیخ فی الاستبصار بیانا لما اختاره من عدم جواز البیع بأكثر مما باعه:و اعترضه بعض مشایخنا (۱)-عطر الله مراقدهم فی حواشیه علی الكتاب-«بأن هذا الخبر لیس فیه دلاله علی دعواه بوجه من الوجوه،لان المعنی أن السائل لما طمع أن یرخص له أخذ طعامه الذی دفعه الیه،مع أن القیمه قد زادت و الحال أنه لا یستحق إلا دراهم،فلم یرخص له أن یأخذه إلا بسعر یومه.انتهی.

و أما ما یدل علی المشهور فما تقدم من صحیحه بشار بن یسار،و صحیحه منصور بن حازم، (۲)و ما رواه

المشایخ الثلاثه فی الموثق فی بعض،و الصحیح فی بعض عن یعقوب بن شعیب (۳)و عبید بن زراره قال:

«سألنا أبا عبد الله(علیه السلام)عن رجل باع طعاما بدراهم إلی أجل،فلما بلغ ذلك الأجل تقاضاه فقال:لیس عندی دراهم خذ منی طعاما قال:لا بأس به انما له دراهم یأخذ بها ما شاء».

و الشیخ حمل هذا الخبر علی عدم الزیاده،و سیاق الخبر ظاهر فی خلافه (۴)

۱- ۱) هو شیخنا الشیخ علی بن سلیمان القدسی البحرانی فی حواشیه علی الكتاب منه رحمه الله علیه.

۲- ۲) ص ۱۲۷ و ۱۲۶.

۳- ۳) الكافی ج ۵ ص ۱۸۶ التهذیب ج ۷ ص ۳۳ الفقیه ج ۳ ص ۱۶۶.

۴- ۴) فان ظاهر سیاقه أن الذی یستحقه انما هو الدراهم فهو یشتری بالدراهم ما شاء من طعام و غیر طعام و لو قیل باشتراط المثل كما یدعیه للزم ذلك فی غیر الطعام أیضا و هو لا یقول به.منه رحمه الله.

و بـالجمله فإن الاخبار هنا انما تعارضت فى الطعام خاصه،و المشـهور-فى كلام الأصـحاب- -الجمع بينها بحمل روايه خالـد بن الحجاج-فإنها هى الظاهره فى المنع-على الكراهه.

المسأله الثالثه [عدم وجوب دفع الثمن قبل الأجل] إذا ابتاع شيئا مؤجلا

فـإنه لاـ يجب عليه دفع الثمن قبـل حلول الأجـل،بـل لا يجوز طلبه،لوجوب الانظار بالشـرط الواقع فى العقـد،و الأظهر أيضا عـدم وجوب قبضه على البـائع لو دفعه إليه المشترى قبـل الأجل.قـال:بعض المحققين:«و قـد يتخيل الوجوب،لأن إلا لرجل لرعايه حال المشترى و الترفه له، كالرخصه له،لا لأجل البائع،و لهذا يزاد الثمن،فإذا حصل الثمن الزائد للبائع نقدا فهو غايه مطلوب التجار،فلا ينبغى الامتناع عنه و أيضا قـد يتضـرر المشترى بعدم الأخذ و لان الظاهر أن أخذ الحق مع دفع صاحبه واجب عندهم عقلا و نقلا و قـد أفاد الأجل عـدم وجوب الـدفع،لا عـدم وجوب الأخـذ فتأمل.و لان الظاهر من قولنا بعتك هذا بكذا إلى مده كذا أن زمان الأداء الى تلك المده موسـعا،فذلك الزمان نهايه الأجل للتوسـعه بمنى عدم التضـييق إلا فى ذلك الزمان كالواجب الموسع و لا شك ان الأخذ أحوط إلا مع ظهور ضرر عليه»انتهى.

أقول:جميع ما ذكره-(قدس سره)من الوجوه-جيد لكن غايته إفاده الأولويه فإن الوجوب حكم شـرعى يترتب على تركه العقوبه و المؤاخـذه منـه سـبحانه،فلاـ بـد له من دليـل واضـح من آيه أو روايه،لانحصـار الأـدله الشـرعيه عنـدنا فى ذلـك،و مجرد هـذه التقريبات العقليه لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعيه كما قدمنا ذكره فى غير مقام.

و يجب الـدفع بعـد حلول الأجل و مطالبه البائع،فان لم يطالب و أراد المشترى الـدفع وجب على البائع أخذه،و لو امتنع رفع الأمر إلى الحاكم الشرعى، فاما أن يجبره على قبضه،أو يقبضه الحاكم الشرعى حسبه،و مع تعذر الحاكم.

ص: ۱۳۱

فالظاهر قیام عـدول المؤمنین بذلک،کما یفهم من جمله من الاخبار،و بذلک تبرأ ذمه المشتری،فان تلف بغیر تفریط فلا ضـمان علی المشتری و لا علی الأمین من الحاکم و القائم مقامه،و هکذا الحکم فی سائر الحقوق المالیه.

و لو تعـذر الحـاکم و من یقوم مقـامه فلو عزله و أبقـاه أمـانه عنـده و تسـلط علیه صـاحبه بحیث متی اراده قبضه،فالظـاهر انه یبرء بذلک من ضمانه،و انه یخرج بذلک عن عهدته،و انه یجب علی صاحبه أخذه،و الا کان مضیعا لما له،بل یمکن ذلک مع وجود الحاکم أیضا،لأن الحاکم انما هو وکیل مع عدم وجود الموکل و إمکان مثله،و الی ذلک أشار فی التذکره فی أحکام السلف،الا ان المشهور هو الرجوع الی الحاکم أو لا.

قیل:و یجوز للمشتری التصـرف فیه بعـد تعیینه،فیرجع الی ذمته،و لو تجدد له نماء فهو له.قال فی المسالک:و مقتضـی ذلک انه لا یخرج عن ملکه و انما یکون تلفه من البائع عقوبه له و فیه نظر» (۱)انتهی.

و لو امتنع المشتری من دفعه بعد حلول الأجل و مطالبه البائع،فظاهر کلام الأصـحاب هنا وجوب رفع الأمر إلی الحاکم أولا،و مع تعذره فالمقاصه ان لم یتمکن من الأخذ قهرا،و ظاهر الاخبار المقاصه و ان کان موردها أعم مما نحن فیه.

ثم انه مع إمکان الرجوع الی الحاکم الشرعی فلا اشکال.و أما مع تعـذره و عـدم إمکان تحصـیله قهرا أو مقاصه فهل یرفع الأمر إلی حاکم الجور؟إشکال ینشأ

ص: ۱۳۲

۱- ۱) أقول وجه النظر هو أنه متی کان عزله و تعینه علی حـده موجبا لبراءه الـذمه و خلو عهـده المشتری،فهو ینتقل بـذلک إلی البـائع،و یکـون النمـاء له و التلف منه،و لاـ معنی لکون النمـاء للمشـتری،و التلف علی البـائع عقوبه، إذا الجمیع انمـا یـترتب علی الانتقال کما عرفت.منه رحمه الله.

من النهى عن الترافع الى الجبت و الطاغوت،الا أن الظاهر-كما ذهب إليه جمله من أصحابنا-هو اختصاص تحريم الترافع إليهم بوجود الحاكم الشرعى،كما هو ظاهر جمله من اخبار المسأله،و بعضها و ان كان مطلقا فإنه يجب حمله على المقيد،عملا بالقاعده،و أيضا فظاهر الاخبار المشار إليها هو المنع من الترافع فى إثبات الحق بالبينه أو اليمين،دون مجرد الاستعانه بهم على أخذه مع ثبوته،و عدم إنكار الخصم ذلك،كما هو محل البحث.

و متى انتقل الأمر إلى المقاصه أو الأخذ منه قهرا فيجب مراعاه الأسهل فالأسهل، فإن وجد الجنس المساوى لا يتعدى الى غيره،و ينبغي-سيما إذا كان مؤمنا-المسامحه و السهوله فى الاقتضاء لما ورد فى ذلك و عدم المقاصه التامه،و قد تقدم حديث الصادق(عليه السلام) (١).فى إنكاره على من استقضى حقه،و أنه إسائه منهى عنها، و هكذا الحكم فى طرف البائع إذا باع سلما،و كذا سائر الحقوق.

المسأله الرابعه [جواز بيع المتاع حالا و مؤجلا بزياده عن قيمته] :

يجوز بيع المتاع حالا و مؤجلا بزياده عن قيمته،و قيد ذلك بعضهم بكون المشترى و البائع عالمين بالقيمه،و أورد على ذلك أن مقتضاه أنهما لو لم يكونا عالمين بالقيمه لا يصح البيع مع أنه ليس كذلك،فإنه يصح البيع،و ان ثبت للجاهل منهما خيار الغبن متى كان مما لا يتسامح به،كما تقدم فى خيار الغبن (٢)و يمكن حمل كلام من ذكر هذا القيد على أنه أراد بالجواز اللزوم مجازا،إذ مع الجهل و ثبوت الغبن لا يلزم.

ثم انه ينبغى أن يعلم أنه لا بد من تقييد الصحه مع الزياده بعدم استلزام السفه بأن يتعلق بالزياده غرض صحيح عند العقلاء،اما لقلتها أو لترتب غرض آخر يقابل الزياده،كالصبر عليه بدين حال و نحو ذلك.

ص :١٣٣

١- ١) الوسائل الباب-١۶-من أبواب الدين الرقم-١.

٢- ٢) ص ۴١.

المسأله الخامسه [عدم جواز تأخير ثمن المبيع بالزياده،و جواز تعجيلها بالنقصان] :

لاـ يجوز تأخير ثمن المبيع و لا شيء من الحقوق الماليه بزياده فيها،و يجوز تعجيلها بنقصان منها.أما الأول-فلاستلزام الزياده فی هذه الصوره الربا.نعم يجوز التأجيل فی عقد لازم كالبيع و نحوه بزياده فی ثمن ما يبيعه إياه و ان زادت علی ثمنه الواقعی أضعافا مضاعفه،و هذا من الحيل الشرعيه فی التخلص من الربا.و عليه ظاهر اتفاق الأصحاب-(رضوان الله عليهم)-و به استفاضت الاخبار كان يكون له فی ذمته مائه درهم حالا،و يريد تأجيلها إلی سنه بزياده عشرين درهما مثلا،فان الطريق فی ذلک أن يبيعه خاتما قيمته درهم مثلا بعشرين درهما،و يشترط تأجيل الثمن مع المأه الدرهم التی فی ذمته إلی سنه،فإنه لا شک فی صحته.

و يدل علی ذلک من الاخبار ما رواه

فی الكافی عن محمد بن إسحاق بن عمار (۱)قال:

«قلت لأبی الحسن(عليه السلام):ان سلسبيل طلبت منی مائه ألف درهم علی أن يربحنی عشره آلاف درهم فاقرضتها تسعين ألفا و أبيعها ثوبا أو شيئا تقوم علی بألف درهم بعشره آلاف درهم؟قال:لا بأس».

قال فی الكافی:و فی روايه أخری

«لا بأس به أعطها مأه ألف،و بعها الثوب بعشره آلاف و اكتب عليها كتابين».

و ما رواه

فی الكافی و التهذيب (۲)عن محمد بن إسحاق بن عمار قال:

«قلت للرضا(عليه السلام):الرجل يكون له المال قد حل علی صاحبه يبيعه لؤلؤه تسوی مائه درهم بألف درهم و يؤخر عنه المال الی وقت؟قال:لا بأس،قد أمرنی أبی ففعلت ذلک،و زعم أنه سأل أبا الحسن(عليه السلام)عنها فقال له:مثل ذلک».

و ما رواه

الشيخان المذكوران فی الصحيح عن محمد بن إسحاق بن عمار (۳)

۱- ۱) الكافی ج ۵ ص ۲۰۵.
۲- ۲) الكافی ج ۵ ص ۲۰۵ التهذيب ج ۷ ص ۵۳.
۳- ۳) الكافی ج ۵ ص ۲۰۵ التهذيب ج ۷ ص ۵۳.

قال: «قلت لأبی الحسن(علیه السلام):یکون لی علی الرجل دراهم فیقول:أخرنی بها و أنا أربحک فأبیعه جبه تقوم علی بألف درهم بعشره آلاف درهم،أو قال:بعشرین ألفا و أؤخره بالمال؟قال:لا بأس».

و ما رواه

عن عبد الملک بن عتبه (1)قال:

«سألته عن الرجل أرید أن أعینه المال،و یکون لی علیه مال قبل ذلک فیطلب منی ما لا أزیده علی مالی الذی لی علیه، أ یستقیم أن أزیده مالا-و أبیعه لؤلؤه تساوی مأه درهم بألف درهم فأقول له:أبیعک هذه اللؤلؤه بألف درهم علی أن أؤخرک بثمنها و بمالی علیک کذا و کذا شهرا، قال:لا بأس».

و ما رواه

فی الکافی عن مسعده بن صدقه (2)فی الموثق عن ابی عبد الله (علیه السلام)قال:

«سئل عن رجل له مال علی رجل من قبل عینه عینها إیاه فلما حل علیه المال لم یکن عنده ما یعطیه فأراد أن یقلب علیه و یربح أ یبیعه لؤلؤا و غیر ذلک ما یسوی مائه درهم بألف درهم و یؤخره؟قال:لا بأس بذلک،قد فعل ذلک أبی(علیه السلام) و أمرنی أن أفعل ذلک فی شیء کان علیه».

و مما یؤید ذلک زیاده علی ما ذکرنا ما رواه

فی التهذیب عن محمد بن سلیمان الدیلمی عن أبیه عن رجل کتب الی العبد الصالح (3)(علیه السلام)

«یسأله انی أعامل قوما أبیعهم الدقیق أربح علیهم فی القفیز درهمین إلی أجل معلوم،و انهم یسألونی أن أعطیهم عن نصف الدقیق دراهم،فهل لی من حیله أن لا أدخل فی الحرام؟فکتب (علیه السلام)إلیه:أقرضهم الدراهم قرضا و ازدد علیهم فی نصف القفیز بقدر ما کنت تربح علیهم».

1- 1) الکافی ج 5 ص 206-التهذیب ج 7 ص 52.

2- 2) الکافی ج 5 ص 316.

3- 3) التهذیب ج 7 ص 45.

و ما رواه

المشايخ الثلاثه-(نور الله تعالى مراقدهم)-فی الصحیح عن عبد الرحمن بن الحجاج (۱)قال:

«سألته-(علیه السلام)الی أن قال:-فقلت له:

أشتری ألف درهم و دینارا بألفی درهم؟فقال:لا بأس بذلک ان أبی(علیه السلام)، کان اجری علی أهل المدینه منی،و کان یقول:هذا فیقولون:انما هذا الفرار، لو جاء رجل بدینار لم یعط ألف درهم،و لو جاء بألف درهم لم یعط ألف دینار، و کان یقول لهم:نعم الشیء الفرار من الحرام الی الحلال».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب فی الصحیح (۲)عن عبد الرحمن بن الحجاج عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«کان محمد بن المنکدر یقول لأبی:یا أبا جعفر- رحمک الله-و الله انا لنعلم أنک لو أخذت دینارا و الصرف بثمانیه عشر فدرت المدینه علی أن تجد من یعطیک عشرین،ما وجدته،و ما هذا الا فرارا،و کان أبی یقول:

صدقت و الله،و لکنه فرار من باطل الی حق».

و العجب أنه-مع هذه الاخبار التی رأیت،و اتفاق الأصحاب علی ذلک- کان بعض من یدعی الفضل من المعاصرین بل الأفضلیه ینکر ذلک و یقول ببطلانه،مستندا الی أن البیع المذکور غیر مقصود.و ما هو إلا محض اجتهاد فی مقابله النصوص،و رد علی أهل الخصوص.

و أما ما رواه

الشیخ عن یونس الشیبانی (۳)قال:

«قلت لأبی عبد الله(علیه السلام):الرجل یبیع البیع و البائع یعلم أنه لا یسوی،و المشتری یعلم أنه لا یسوی الا أنه یعلم أنه سیرجع فیه فیشتریه به منه قال:فقال:یا یونس ان رسول الله(صلی الله علیه و آله)قال لجابر بن عبد الله:کیف أنت إذا ظهر الجور و أورثتم الذل؟قال:

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۴۶ التهذیب ج ۷ ص ۱۰۴ الفقیه ج ۳ ص ۱۸۵.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۴۷ التهذیب ج ۷ ص ۱۰۴.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۱۹.

فقـال له جـابر:لاـ أبقيت الى ذلـك الزمـان،و متى يكون ذلـك بـأبى أنت و أمى؟ قال:إذا ظهر الربا يا يونس،و هـذا الربا،و ان لم تشتره منه رده عليك؟قال:

قلت:نعم قال:فقال:لا تقربنه فلا تقربنه».

حيث أنه بإطلاقه دل على المنع مما دلت تلك الاخبار على جوازه،فأجاب عنه بعض مشايخنا فى حواشيه على كتب الاخبار بالحمل على الكراهه و قال فى الوافى بعد نقله على أثر الأخبار المتقدمه:-لاـ منافاه بين هـذا الخبر و الاخبار المتقدمه،لأـن المتبايعين هيهنا لم يقصدا البيع و لم يوجباه فى الحقيقه،و هناك اشترط ذلك فى جوازه-انتهى و الجميع لا يخلو من البعد (۱)و الأظهر عندى حمل الخبر على التقيه لما دلت عليه الاخبار المتقدمه (۲)من تشديد العامه فى المنع من هذه الصوره و أما الثانى:و هو جواز التعجيل بالنقصان،فقد صرح به الأصحاب من غير خلاف يعرف فى الباب،و هو يكون بالإبراء أو الصلح،و الوجه فى الإبراء ظاهر،إذ لو أبرأه من الكل لصح،فكذا من البعض،و كذا الصلح،و يسمى صلح الحطيطه،و هو الذى وردت به الاخبار.

منها ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن ابان (۳)عمن حدثه عن أبى عبد الله(عليه السلام)قال:

«سألته عن الرجل يكون له على الرجل دين،فيقول له

۱- ۱) أما الأول فلما اشتمل عليه الخبر من مزيد التأكيد فى النهى المستفاد من الحديث النبوى المستشهد به على ذلك،و أما الثانى فلان المتبادر من قوله الرجل يبيع البيع انما هو إيجاب البيع و قصده كما لا يخفى.منه رحمه الله.

۲- ۲) ص ۱۳۶.

۳- ۳) الكافى ج ۵ ص ۲۵۸ التهذيب ج ۶ ص ۲۰۶.

قبل أن يحل الأجل:عجل لی النصف من حقی علی أن أضع عنک النصف،أ یحل ذلک لواحد منها؟قال:نعم».

و ما رواه

فی الکافی فی الصحیح أو الحسن عن ابن ابی عمیر (۱)عن ابی عبد الله(علیه السلام)قال:

سئل عن الرجل یکون له دین إلی أجل مسمی فیأتیه غریمه فیقول:انقدنی کذا و کذا و أضع عنک بقیته أو یقول:أنقد فی بعضه و أمد لک فی الأجل فیما بقی علیک،قال:لا أری به بأسا،انه لم یزدد علی رأس ماله، قال الله جل ثناؤه (۲)«فَلَکُمْ رُؤُسُ أَمْوٰالِکُمْ لاٰ تَظْلِمُونَ وَ لاٰ تُظْلَمُونَ.» .

و رواه

الشیخ فی التهذیب و الصدوق و فی الفقیه عن محمد بن مسلم (۳)فی الصحیح الا أن فیه

«فی الرجل یکون علیه الدین إلی أجل مسمی». و هو الظاهر و لعل اللام فی روایه الکافی هنا بمعنی علی.

و ما رواه

فی الکافی (۴)عن أبان عن زراره عن ابی عبد الله(علیه السلام) قال:

سألته عن رجل اشتری جاریه بثمن مسمی ثم باعها فربح فیها قبل أن ینقد صاحبها الذی هی له.فأتاه صاحبها یتقاضاه،و لم ینقد ماله،فقال صاحب الجاریه للذین باعهم:اکفونی غریمی هذا و الذی ربحت علیکم فهو لکم قال:

لا بأس».

و رواه

فی الفقیه عن الحلبی فی الصحیح (۵)عن ابی عبد الله(علیه السلام)

«أنه سئل عن رجل»الحدیث.

ص :۱۳۸

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۵۹ عن ابن ابی عمر عن حماد عن الحلبی عنه(علیه السلام).
۲- ۲) سوره البقره-الایه ۲۷۹.
۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۲۰۷ الفقیه ج ۳ ص ۲۱ و فیه(علیه دین).
۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۲۱۱ التهذیب ج ۷ ص ۶۸ الفقیه ج ۳ ص ۱۳۸.

۵- ۵) الفقيه ج ۳ ص ۱۳۸.

قال بعض مشايخنا(عطر الله مراقدهم)فى حواشيه على الكافى:و الظاهر أنه باعهم للمشترى بأجل فلما طلب البائع الأول منه الثمن حط من الثمن بقدر ما ربح ليعطوه قبل الأجل،و هذا جائز كما صرح به الأصحاب،و ورد به غيره من الاخبار انتهى.و هو جيد.و الا فلو كان الثمن نقدا فإنه لا معنى لهذه المصالحه بإسقاط بعض حقه ليكفوه غريمه.

ثم انه لا يخفى عليك ما فى دلاله هذه الاخبار من سعه الدائره فى العقود الشرعيه،فإن ما اشتملت عليه هذه الاخبار من التراضى بالألفاظ الداله على إسقاط بعض الثمن بتعجيله قبل حلول الأجل هى ألفاظ عقد الصلح.

المسأله السادسه [جواز ابتياع جميع الأشياء حالا و ان لم يكن حاضرا فى الحال]

-قال الشيخ فى النهايه:لا بأس بابتياع جميع الأشياء حالا و ان لم يكن حاضرا فى الحال،إذا كان الشىء موجودا فى الوقت أو يمكن وجوده، و لا يجوز أن يشترى حالا ما لا يمكن تحصيله،فأما ما يمكن تحصيله فلا بأس به و ان لم يكن عند بائعه فى الحال»انتهى.

و منع ابن إدريس من ذلك،و نسب هذا القول الى خبر واحد شاذ رواه الشيخ عن ابن سنان لا يجوز العمل به،و لا التعويل عليه،قال:لأنا قد بينا أن البيع على ضربين بيع سلم،و لا بد فيه من التأجيل،و بيع عين أما مرئيه مشاهده، أو غير حاضره،و هو ما يسمى بخيار الرؤيه و ما أورده الشيخ خارج عن هذه البيوع لا مشاهده و لا موصوف بوصف يقوم مقام المشاهده،فدخل فى بيع الغرر،

و النبى(صلى الله عليه و آله)

«نهى عن بيع الغرر» (١).

و

«بيع ما ليس عند الإنسان» (٢). و لا فى ملكه الا ما أخرجه الدليل من السلم، و لان البيع حكم شرعى يحتاج فى إثباته إلى دليل شرعى،و لا يرجع عن الأمور

١- ١) الوسائل الباب-۴٠-من أبواب آداب التجاره الرقم-٣.

٢- ٢) الوسائل الباب ٧-من أبواب أحكام العقود الرقم-٢.

المعلومه بالدلاله القاهره،بالأمور المظنونه،و أخبار الآحاد التی لا توجب علما و لا عملا.انتهی.

و قال ابن ابی عقیل:البیع عند آل الرسول(علیهم السلام)بیعان،أحدهما بیع شیء حاضر قائم العین،و الأخر بیع شیء غائب موصوف بصفه مضمونه الی أجل.

انتهی و هو ظاهر قول ابن إدریس.

و المستفاد من الاخبار الوارده فی هذا المقام هو ما قدمنا نقله عن الشیخ (قدس سره).

و منها ما رواه

الصدوق فی الفقیه فی الصحیح عن عبد الرحمن (۱)بن الحجاج قال

سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن الرجل یشتری الطعام من الرجل لیس عنده فیشتری منه حالا؟قال:لیس به بأس،قلت:انهم یفسدونه عندنا،قال:و أی شیء یقولون فی السلم؟قلت:لا یرون به بأسا،یقولون:هذا إلی أجل،فإذا کان الی غیر أجل و لیس هو عند صاحبه فلا یصلح،فقال:إذا لم یکن أجل کان أجود ثم قال:

لا بأس أن یشتری الرجل الطعام و لیس هو عند صاحبه إلی أجل و حالا لا یسمی له أجلا الا ان یکون بیعا لا یوجد مثل العنب و البطیخ و شبهه فی غیر زمانه فلا ینبغی شراء ذلک حالا (۲).

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۱۷۹ التهذیب ج ۷ ص ۴۹.
۲- ۲) أقول و هذه الروایه رواه الشیخ فی التهذیب و فیها«و لیس هو عند صاحبه إلی أجل،فقال:لا یسمی له أجلا الا أن یکون»الی آخره، و هو من تحریفات الشیخ،و الصحیح ما نقلناه فی الأصل عن الفقیه، لانه هو الذی یستقیم به المعنی کما یخفی. (منه رحمه الله) و یمکن أن یکون التحریف من النساخ.علی آخوندی.

و فی صحیحه أحری لعبد الرحمن (۱)المذکور عن أبی عبد الله(علیه السلام)

«ان أبی کان یقول:لا بأس أن تبیع کل متاع کنت تجده فی الوقت الذی بعته فیه».

و معنی تجده یعنی تقدر علیه فی ذلک الوقت.

أقول:و هما مع صحه السند صریحتا الدلاله فی صحه ما ذکره الشیخ، و بطلان ما ذکره ابن إدریس الموافق لمذهب العامه،کما یشیر إلیه الروایه،و قد تضمنت الإنکار علی المانعین من هذه الصوره،و التعجب من تسویغ السلم و منع هذه الصوره،باعتبار أن البیع الخالی من الأجل أجود،و انما کان أجود لوجود المبیع یومئذ،و القدره علی تسلیمه بخلاف السلم،فإنه قد یتعسر تسلیمه بعد الأجل،و فی ذلک إشاره إلی کون هذا أولی بالصحه من السلم الذی وافقوا علی جوازه.

و یعضده أن الأجل فی السلم انما جعل إرفاقا بالبائع،لا أنه شرط فی صحه المعاوضه،فیکون المعاوضه هنا سائغه،لما عرفت من ان القدره علی التسلیم هنا أتم و الحکمه فی معاوضه البیع انما یتم بالقدره علی التسلیم،و إذا کانت أتم و أجود فی صوره النزاع وجب أن یکون الحکم فیه ثابتا،و ما ذکره من افراد البیع،لا دلیل علی الحصر فیها،لتکاثر الاخبار بهذا الفرد الذی هو محل البحث.

و من الاخبار المذکوره أیضا ما رواه

فی الفقیه عن الکنانی (۲)قال:

« سألته عن رجل اشتری من رجل مائه من صفر بکذا و کذا و لیس عنده ما اشتری منه فقال:لا بأس إذا أوفاه الوزن الذی اشترط علیه».

و ما رواه

فی التهذیب عن الشحام (۳)عن ابی عبد الله(علیه السلام)

«فی

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۰۰ و الوسائل الباب-۷-من أبواب أحکام العقود الرقم-۳.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۱۷۹ الوسائل الباب ۷-من أبواب أحکام العقود الرقم ۴.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۴۴.

رجل اشترى من رجل مائه من صفر و ليس عند الرجل شيء منه،قال:لا بأس به إذا أو فاه دون الذى اشترط له». كذا فى نسخ التهذيب،و الظاهر أن قوله«دون» وقع تحريف الوزن كما فى الخبر المتقدم،كم و مثل ذلك للشيخ(قدس سره.) و ما رواه

الشيخ فى التهذيب فى الصحيح عن عبد الله بن سنان (۱)عن ابى عبد الله(عليه السلام) قال:

«سألته عن الرجل يأتينى يريد منى طعاما و بيعا و ليس عندى أ يصلح لى أن أبيعه إياه و اقطع سعره ثم أشتريه من مكان آخر و ادفع اليه قال:لا بأس إذا قطع سعره».

و كان ابن إدريس ظن انه لا مستند لهذا القول إلا صحيحه عبد الله بن سنان التى أشار إليها،الا ان قوله مبنى على أصله الغير الأصيل من رد الأخبار التى عليها بناء الشريعه بين العلماء جيلا بعد جيل،و هو مما لا يلتفت اليه و لا يعول عليه فى حقير و لا جليل.

و أما ما رواه

فى التهذيب عن سليمان بن صالح (۲)عن أبى عبد الله(عليه السلام) قال:

«نهى رسول الله(صلى الله عليه و آله)عن سلف و بيع، و عن بيعين فى بيع،و عن بيع ما ليس عندك،و عن ربح ما لم يضمن».

و ما رواه

فى آخر الفقيه (۳)فى مناهى النبى(صلى الله عليه و آله) قال:

«و نهى عن بيع ما ليس عندك و نهى عن بيع و سلف»الخبر.

ففيه أولا-أنه يضعف عن معارضه ما ذكرنا من الاخبار المؤيده بعمل

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۴۴ الوسائل الباب-۷-من أبواب أحكام العقود الرقم ۲.
۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۲۳۰ الرقم ۲۵.
۳- ۳) الفقيه ج ۴ ص ۴ الوسائل الباب-۷-من أبواب أحكام العقود الرقم-۵.

الأصحاب،و ثانيا-أنه يمكن حمله على بيع عين فى ملك غيره،لجواز أن لا يبيعها صاحبها،لا ما إذا كان البيع فى الـذمه كما هو محل البحث جمعا بين الاخبار.

المطلب الثانى فيما يدخل فى المبيع

قالوا:و الضابط الاقتصار على ما يتناوله اللفظ لغه و عرفا،قيل:و المراد بالعرف ما يعم الخاص و العام،و ظاهرهم أن المراد بالعرف ما هو المتعارف بين الناس فى إطلاق ذلک اللفظ،و ما يراد منه و يستعمل فيه أعم من ان يكون عاما فى جميع الأصقاع و البلدان أو خاصا،باعتبار اصطلاح كل بلد و كل قطر على استعمال ذلک اللفظ فى ذلک المعنى.

و الأظهر أن يقال:ان الواجب هو حمل اللفظ على الحقيقه الشرعيه ان وجدت، و الا فعلى عرفهم عليهم السلام،لانه مقدم على عرف الناس ان ثبت،و الا فعلى ما هو المتعارف فى السن المتخاطبين،و المتبادر فى محاوراتهم و ان اختلفت فى ذلک الأصقاع و البلدان،ثم مع تعذر ذلک فاللغه،و ربما قدم بعضهم اللغه على العرف.

و مما يشير الى ما ذكره الأصحاب فى هذا الباب ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن محمد بن الحسن الصفار (۱)انه كتب الى أبى محمد(عليه السلام)

«فى رجل

ص: ۱۴۳

۱- ۱) الوسائل الباب-۳۰-من أبواب أحكام العقود الرقم ۱ و التهذيب ج ۷ ص ۱۵۰ الرقم ۱۳ و ۱۴.

اشتری من رجل بیتا فی داره بجمیع حقوقه،و فوقه بیت آخر،هل یـدخل البیت الأعلی فی حقوق البیت الأسـفل أم لا؟فوقع(علیه السلام):لیس له الا ما اشتراه باسمه و موضعه إنشاء الله تعالی».

و کتب إلیه (۱)

«فی رجل اشتری حجره أو مسکنا فی دار بجمیع حقوقها، و فوقها بیوت و مسکن آخر،یدخل البیوت الأعلی و المسکن الأعلی فی حقوق هذه الحجره و المسکن الأسفل الذی اشتراه أم لا؟فوقع(علیه السلام):لیس له من ذلک الا الحق الذی اشتراه إنشاء الله.

و ظاهر الخبرین أن المرجع الی ما صدق علیه ذلک اللفظ عرفا،و ظاهرهما عدم دخول البیت الأعلی فی حقوق البیت الأسفل فلا یدخل فی البیع.

و مما یشیر الی الرجوع الی اللغه فی أمثال ذلک ما رواه الثقه الجلیل

علی ابن إبراهیم القمی فی تفسیره (۲)فی تفسیر قوله عز و جل (۳)«لَهُ مُعَقِّبٰاتٌ مِنْ بَیْنِ یَدَیْهِ وَ مِنْ خَلْفِهِ یَحْفَظُونَهُ مِنْ أَمْرِ اللّٰهِ عن الصادق(علیه السـلام)أن هـذه الآیه قرئت عنـده فقال لقارئها:أ لسـتم عربا،فکیف تکون المعقبات من بین یـدیه،و انما العقب من خلفه،فقال الرجل:جعلت فداک کیف هذا فقال:إنما أنزلت

«له معقبات من خلفه و رقیب من بین یدیه یحفظونه بأمر الله»و من الذی یقدر بحفظ الشـیء من أمر الله و هم الملائکه الموکلون بالناس.».

و رواه العیاشی فی تفسیره أیضا، (۴)و فی الخبر المذکور دلاله علی وقوع

ص: ۱۴۴

۱- ۱) الوسائل الباب-۳۰-من أبواب أحکام القعود الرقم ۱ و التهذیب ج ۷ ص ۱۵۰ الرقم ۱۳ و ۱۴.
۲- ۲) تفسیر البرهان ج ۲ ص ۲۸۳.
۳- ۳) سوره الرعد الآیه-۱۱.
۴- ۴) تفسیر البرهان ج ۲ ص ۲۸۳.

التغيير فی القرآن کما هو أصح القولین و أشهرهما،و قد بسطنا الکلام فی ذلک فی موضع ألیق.

قال فی المسالک:و قد حقق العلامه قطب الدین الرازی أن المراد تناول اللفظ بالدلاله المطابقیه و التضمنیه،لا الالتزامیه،فلا یدخل الحائط لو باع السقف و هو حسن.انتهی.

و قال المحقق الأردبیلی فی شرح الإرشاد:و المراد بالمعانی ما یفهم منها بحسب التخاطب اراده اللافظ ذلک،مطابقا کان أو تضمنا أو التزاما.

أقول:و هو الأظهر بالنظر الی ما قدمنا عنهم من الحواله إلی العرف.

إذا عرفت ذلک فاعلم ان الأصحاب(رضوان الله علیهم)،ذکروا هنا ألفاظا و ذکروا مدلولاتها بحسب العرف.

فمن ذلک لفظ الأرض و الساحه و البقعه،و العرصه،فلا یندرج تحتها الشجر الذی فیها و لا الزرع،و لا البذر الکامن فیها.

و نقل عن الشیخ انه لو قال:بحقوقها دخل (1)قال فی المسالک:بل یفهم منه انها تدخل و ان لم یقل بحقوقها محتجا بأنها من حقوقها،ثم قال:

و المنع متوجه إلی الأمرین،و الأقوی عدم الدخول مطلقا الا مع دلاله اللفظ أو القرائن علیه،کقوله:و ما اشتملت علیه أو و ما أغلق علیه بابها.انتهی.

و هو جید.

۱- ۱) قال فی المبسوط:إذا باع أرضا فیها بناء و شجر،و قال فی العقد بحقوقها،دخل البناء و الشجر،و ان لم یقل بحقوقها لم یدخلا،و تبعه ابن البراج و ابن حمزه،و هو ظاهر کلام ابن إدریس-منه رحمه الله.

و یدل علیه ما رواه

الشیخ فی الصحیح عن محمد بن الحسن الصفار (۱)

«فی رجل اشتری من رجل أرضا بحدودها الأربعه،و فیها زرع و نخل و غیرهما من الشجر،و لم یذکر النخل و لا الزرع و لا الشجر فی کتابه،و ذکر فیه أنه قد اشتراها بجمیع حقوقها الداخله فیها و الخارجه منها،أ یدخل الزرع و النخل و الأشجار فی حقوق الأرض أم لا؟فوقع(علیه السلام):إذا ابتاع الأرض بحدودها و ما أغلق علیه بابها،فله جمیع ما فیها إنشاء الله تعالی» (۲). و هو ظاهر فی الرد علی ما نقل عن الشیخ،و صریح فیما ذکره فی المسالک.

ثم انه لو کان المشتری جاهلا بوجود تلک الأشیاء فی الأرض کما لو اشتراها بالوصف أو الرؤیه قبل الزرع و الغرس،فله الخیار بین فسخ البیع و أخذ ثمنه، و بین أخذها بذلک الثمن و الرضا به و إبقائه مجانا،کذا ذکره جمله من الأصحاب، و لم أقف هنا علی نص.

قال بعض المحققین:و لعل دلیله أن وجود هذه الأشیاء فیها سبب لتعطیلها غالبا-و العقد یقتضی الانتفاع بالفعل-من غیر مضی زمان کثیر عاده-ففیه ضرر علی المشتری.انتهی.

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۱۳۸ الرقم ۸۴.

۲- ۲) قال ابن إدریس:قوله«و ما أغلق علیه بابها»یرید بذلک جمیع حقوقها و الجواب مطابق للسؤال. قال فی المختلف بعد نقل ذلک عنه:و نحن نمنع هذا التفسیر و نقول: بموجب الحدیث،فإنه إذا اشتری بما أغلق علیه بابه،دخل الجمیع بلا خلاف،و لعل الامام(علیه السلام)أشار الی الجواب بطریق المفهوم و هو عدم الدخول،فإنه علق الدخول بقوله«و ما أغلق علیه بابها» و یفهم من ذلک عدم الدخول عند عدمه.انتهی و هو جید.منه رحمه الله.

قالوا:و یـدخل الأحجار المخلوقه فی تلک الأرض دون المـدفونه،و الظاهر أن وجه الفرق هو دخول الاولی فی مفهوم اللفظ عرفا کـالتراب،فـان الجمیع من اجزاء الأـرض بخلاـف الثـانیه،فإنهـا بمنزله الأـمتعه المـدفونه،و علی البائع نقلها و تسویه الحفر،و یتخیر المشتری أیضا عندهم مع الجهل،و حصول الغرر ببقائها و انه لا خیار للمشتری ان ترکها البائع مع عدم الضرر.

و من ذلـک البسـتان،و لا ریب فی دخول الأرض و الأشـجار،لأنه داخل فی مفهومه لغه و شـرعا،أما البناء فان کان حائطا لـذلک البسـتان فالظاهر دخوله لما ذکر،و فی غیره-کالبناء لسـکنی حافظ البسـتان و حارسه،و الموضع المعد لوضع الثمره و لجلوس من یدخله و نحو ذلک-إشـکال،ینشأ من عدم دخوله فی مسماه لغه، و لهذا یسمی بستانا و ان لم یکن شیء من ذلک-و من إطلاق البستان علیه ظاهرا إذا قیل:باع فلان بستانه و فیه بناء.

أقول:و الوجه الأـول من وجهی الإشـکال أجود،الاـ أنه یـدخل فیه الحائـط أیضـا فإن الظاهر أنه یسـمی بسـتانا و ان لم یکن علیه حائـط،و الأـقوی فی ذلـک الرجوع الی العرف،فـان عـد جزء منه أو تابعـا له دخـل،و الا فلا،و الظاهر أن ذلک یختلف باختلاف البقاع و الأزمان و أوضاع البناء.

و من ذلـک الـدار،و لاـ ریب فی دخول الأـرض و الـبیوت التی اشـتملت علیهـا تحتـانیه أو فوقـانیه مع الحیطـان الـدائره علیهـا،و السـقوف،الا أن یکون البیت الا علی مسـتقلا بالسـکنی،بأن یکون له باب علی حـده من غیر هـذه الـدار المذکوره،فیکون ممتازا کالـدار علی حـده،و حینئـذ لاـ یـدخل البیت الأـعلی و حیطـانه و سـقفه،و الظـاهر دخول أرضه التی هی سـقف البیوت التحتانیه الـداخله فی الأـرض المفروضه،و تـدخل فیهـا الأـبواب و الأغلاـق المنصوبه،و السـلاسل،و الحلق فی الأـبواب و ان لم یسـمها،و الأخشـاب المسـتدخله فی البناء،و الأوتاد المثبته فیه،و السـلم المثبت فی الأبنیه علی حـذوا الـدرج،و الوجه فی دخول جمیع هـذه اقتضاء العرف کونها من

اجزاء الدار و توابعها و مرافقها،و لو کان فی الدار حمام معد لها أو بئر أو حوض فالظاهر دخولها،و کذا خوابی المثبته فی الأرض أو الحائط بحیث تصیر من اجزائها و توابعها عرفا.

و فی دخول المفاتیح خلاف و إشکال ینشأ من خروجها عن اسم الدار- و کونها منقوله فیکون کالآلات المنتفع بها فی الدار-و من أنها من توابع الدار و کالجزء من الأغلاق المحکوم بدخولها،و أظهر فی الخروج مثل الدلو و البکره و الرشا و السریر،و الرف الغیر المثبت کالموضوع علی الخشب،و السلم الغیر المثبت،و الأقفال الحدید و مفاتیحها،و الکنوز،و الدفائن و نحو ذلک.

و لو کان فی الدار نخل أو شجر و لم یذکره فی البیع لم یدخل،و قال الشیخ فی المبسوط بالدخول،و الکلام هنا کما تقدم فی الأرض.

و من ذلک الشجر،و یندرج فیه الأغصان و الورق و العروق لقضاء العرف بشموله لذلک،و یستحق الإبقاء معروسا-و لا یستحق الغرس-بل سقیه للإبقاء خاصه، و الظاهر تخصیص ذلک بالشجر الرطب،فإنه هو الذی یتعلق الغرض بإبقائه،دون الیابس الذی یقتضی العاده بأنه یقطع للحطب و الوقود و البناء و نحو ذلک،و لو استثنی شجره من البستان الذی باعه أو اشتراها من مالکها خاصه،لم تدخل الأرض فی البیع،لکن یستحق من منفعتها ما یتوقف علیه الانتفاع بالشجره و ثمرتها من الدخول إلیها و سقیها و حرثها و جمع ثمرتها،و یستحق أیضا مدی جرائدها فی الهواء و عروقها فی الأرض.

و یدل علی ذلک فی الجمله ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن السکونی (۱)عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«قضی النبی(صلی الله علیه و آله)فی رجل باع نخلا و استثنی علیه نخله،فقضی له رسول الله(صلی الله علیه و آله)بالمدخل إلیها

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۹۵ التهذیب ج ۷ ص ۱۴۴ الرقم ۲۵.

و المخرج منها و مدى جرائدها».

و روى فى الفقيه عن السكونى (۱)عن أبيه عن آبائه(عليهم السلام)قال

قضى رسول الله(صلى الله عليه و آله)الحديث:.

و روى فى الكافى و التهذيب عن عقبه بن خالد (۲)

«ان النبى(صلى الله عليه و آله)قضى فى هرائر النخل أن تكون النخله و النخلتان للرجل فى حائط الأخر، فيختلفون فى حقوق ذلك،فقضى فيها أن لكل نخله من أولئك من الأرض مبلغ جريده من جرائدها حين بعدها».

أقول:قوله«حين بعدها»أى منتهى طول الجريده إذا طالت،و أما قوله «هرائر»فقد اختلفت فيه نسخ الحديث اختلافا فاحشا ففى بعضها كما ذكرنا، و فى بعض«بالواو»عوض الراء الاولى،و فى بعض بالزاى عوضها،و فى بعض نسخ التهذيب«هذا النخل»،و الظاهر كما استظهره فى الوافى حريم النخل، فوقع التحريف.

و روى فى التهذيب عن محمد بن الحسن الصفار (۳)فى الصحيح قال:

« كتبت اليه(عليه السلام)فى رجل باع بستانا فيه شجر و كرم فاستثنى شجره منها،هل له ممر الى البستان الى موضع شجرته التى استثناها،و كم لهذه الشجره التى استثناها من الأرض التى حولها؟بقدر أغصانها أو بقدر موضعها التى هى ثابته فيه؟فوقع (عليه السلام):له من ذلك على حسب ما باع و أمسك فلا يتعد الحق فى ذلك إنشاء الله تعالى».

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۵۷.
۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۲۹۵ و فيه«هوائر»من الهور بمعنى السقوط أى فى مسقط الثمار للشجره التهذيب ج ۷ ص ۱۴۴ الرقم ۲۶.
۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۹۰ الرقم ۲۴.

أقول:لا- يخفى ما فى الجواب من الإجمال المانع من الاعتماد عليه فى الاستدلال و مع ذلك فان الظاهر أن يقال:له من ذلك على حسب ما استثنى،و ربما أشعر بأنه مع استثناء الشجره فلا ينصرف ذلك الا الى ما دخل تحت مفهوم هذا اللفظ عرفا،و هو مشكل بناء على ما عرفت من كلام الأصحاب و من الاخبار المتقدمه.

و من ذلك النخل بالنسبه إلى ثمرته قبل التأبين و بعده،و المشهور فى كلامهم أنه لو باع نخلا قد أبر ثمرها فهو للبائع،لأن اسم النخله لا يتناوله الا أن يشترطه المشترى،و ان لم يكن مؤبرا فهو للمشترى.

أقول:و يدل على الحكم الأول ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن يحيى بن أبى العلاء (۱)قال:

«قال أبو عبد الله(عليه السلام):من باع نخلا- قد لقح،فالثمره للبائع الا- أن يشترط المبتاع،قضى رسول الله(صلى الله عليه و آله)بذلك».

و عن غياث بن إبراهيم (۲)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قال أمير المؤمنين(عليه السلام):من باع نخلا قد أبره فثمرته(للذى باع)،الا أن يشترط المبتاع ثم قال:

قضى به رسول الله(صلى الله عليه و آله)».

و روى فى الكافى عن عقبه بن خالد (۳)عن أبى عبد الله(عليه السلام)

«قال قضى رسول الله(صلى الله عليه و آله)ان ثمر النخل للذى أبرها الا ان يشترط المبتاع».

و أما الحكم الثانى فلم أقف فيه على دليل الا- مفهوم الروايات المتقدمه،و من ثم ناقش فى الحكم بعض الأصحاب،و توقف آخرون كما يؤذن به كلام المحقق فى الشرائع حيث نسب الحكم المذكور الى فتوى الأصحاب.

قال فى المسالك:انما نسب القول الى فتوى الأصحاب،لقصور المستند

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۱۷۷ التهذيب ج ۷ ص ۸۷ الرقم ۱۲.
۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۱۷۷ التهذيب ج ۷ ص ۸۷ و فى الكافى(للبائع).
۳- ۳) الكافى ج ۵ ص ۱۷۸.

النقلی عن افاده الحکم المذکور،فإنه إنما دل علی أن النخل المؤبر ثمرته للبائع،لا علی أن ما لا یؤبر ثمرته للمشتری الا من حیث المفهوم الضعیف،و الأصل یقتضی الملک لبائعه،و عدم انتقاله إلی المشتری،إذ العقد انما وقع علی الأصول و هی مغایره للثمره انتهی و هو جید.

و اعترف فی المختلف أیضا بضعف الدلیل الا أنه قال:لکن الإجماع یعضده،مع أنه نقل عن ابن حمزه أن الاعتبار فی دخول الثمره و عدمه ببدو الصلاح و عدمه،فمتی باعها بعده فالثمره للبائع،و قبله للمشتری الا مع الشرط،و کأنه لم یعتبر خلافه.

و الظاهر أنه لا خلاف فی کون الثمره للبائع مطلقا فیما لو انتقل النخل بغیر البیع،کالمیراث و نحوه،و کذا فی غیر النخل من أفراد الشجر،لان کون الثمره للمشتری علی خلاف الأصل،فیقتصر فیه علی موضع النص و الوفاق،و هو بیع النخل فلا یتعدی الی غیر البیع،و لا الی غیر النخل من أفراد الشجر.

و لو باع المؤبر من النخل و غیر المؤبر کان لکل حکمه المتقدم عندهم، و ظاهر إطلاقهم أنه لا فرق فی ذلک بین کون ذلک فی نخله واحده-قد أبر بعض طلعها دون بعض-أو فی نخلات متعدده أبر بعضها،و لم یؤبر الباقی،و به أفتی فی الدروس.

و فرق العلامه فی التذکره بین النخله الواحده،و النخلات المتعدده،فحکم فی الأول بکون الجمیع للبائع،محتجا علیه بأنه یصدق علیه أن قد باع نخلا قد أبر،فیدخل تحت نص أنه للبائع،و بما فی افتراقهما فی الحکم من العسر و عدم الضبط،و فی الثانی بتفریق الحکم.

و ربما احتمل بعضهم هنا وجها ثالثا،و هو دخول الجمع فی البیع لصدق عموم التأبیر فی الجمیع.و الظاهر الأوفق بظاهر النص هو الأول،فإن تعلیق

الحکم یشعر بالعلیه،فیکون التأبیر هو العله،فأینما وجد ترتب علیه حکمه، و ینتفی حیثما انتفی.

المطلب الثالث فی التسلیم

اشاره

إطلاق العقد یقتضی تسلیم المبیع و الثمن،فیجب علی المتبایعین دفع العوضین من غیر أولویه.

قال المحقق الأردبیلی فی شرح الإرشاد بعد قول المصنف فی الکتاب المذکور «یجب علی المتبایعین دفع العوضین من غیر أولویه تقدیم»ما لفظه:اعلم ان الأکثر هکذا قالوا،و حاصله أنه انما یجب علیها معا الدفع بعد أخذ العوض،و یجوز لکل المنع حتی یقبض و کأنهم نظروا الی ان البیع معاوضه محضه،و لا یجب علی کل منهما الدفع الا لعوض مال الأخر،فما لم یأخذ ذا العوض،لا یجب إعطاء العوض،و المسأله مشکله کسائرها،لعدم النص،و ثبوت الانتقال بالعقد یقتضی وجوب الدفع علی کل واحد منهما عند طلب الأخر،و عدم جواز الحبس حتی یقبض حقه،و جواز الأخذ لکل حقه من غیر إذن الأخر ان أمکن له علی ای وجه کان،لان ذلک هو مقتضی الملک،و منع أحدهما الأخر و ظلمه لا یستلزم جواز الظلم للآخر و منعه حقه،فیجبرهما الحاکم معا علی ذلک ان امتنعا،فیعطی من بد و یأخذ من آخر،أو یقبض لأحدهما و یأمره بالإعطاء انتهی.

أقول:ما ذکره(قدس سره)جید،الا أن فی فهم ذلک من العباره المذکوره -و نحوها من عبائرهم فی هذا المقام اشکال،و ذلک فإن غایه ما یفهم من هذه العباره -التی ذکرها فی الإرشاد-هو أنه لما کان إطلاق العقد یقتضی وجوب تسلیم المبیع و الثمن،فالواجب حینئذ علی کل من البائع و المشتری دفع ما وجب علیه تسلیمه

من غير أولويه تقـديم أحـدهما على الأخر،خلافا للشـيخ حيث ذهب الى أنه يجب على البائع أولا تسـليم المبيع،محتجا بأن الثمن تـابع للمبيع،و الغرض من هـذه العبـاره انمـا هو بيـان تساويهمـا فى وجوب التسـليم،بـدون تقـديم أحـدهما على الأخر كما زعمه الشـيخ(رحمه الله عليه)فالكلام انما خرج فى معرض الرد عليه،و أين هـذا من المعنى الـذى ذكره،و هو أنه لا يجب على أحدهما التسليم الا بعد دفع الأخر،و أنه يجوز لكل منهما الامتناع حتى يقبض،اللهم الا ان يكون قد اطلع على تصريح بذالك من غير هذا الموضع،و الا فهذه العباره و نحوها لا اشعار فيها، فضلا عن الدلاله بشيء من ذلك.

و تحقيق الكلام-فى هذا المقام-يتوقف على بسطه فى مواضع

الأول [فى القبض و الإقباض]

-لاـ يخفى أن القبض من الأـمور المعتبره شـرعا لمـا يترتب عليه من الأحكـام العديـده بالنسـبه إلى الوصـيه و الهبه و الرهن،فـان للقبض فيهـا مـدخلا باعتبـار شـرطيته للصـحه أو اللزوم، فـان و كـذا بالنسـبه إلى البيع،فمن أحكـامه فيه انتقـال ضـمان المبيع إلى المشترى بعـده ان لم يكن له خيـار،و كونه على البـائع قبله،و جواز بيع ما اشتراه بعـد القبض مطلقا،و تحريمه أو كراهته قبله على بعض الوجوه،و جواز فسـخ البـائع مع تـأخير الثمن،و عـدم قبض المبيع بعـد ثلاـثه أيـام،و غير ذلك،و مع هـذا لم يرد له تحـديد شرعى يرجع فيه اليه.

و من ثم ان الأصـحاب انما رجعوا فيه الى العرف بناء على قواعدهم فى كل ما لم يرد له تحديد شـرعى،مع ان الغالب فى العرف الاختلاـف باعتبـار تعـدد الأقطـار و البلـدان،و أن لكـل قطر اصـطلاحا و عـاده غير ما سواه،و المسأله من أجل ذلك فى غايه من الاشكال و الداء العضال،لعموم البلوى به فى جمله من الأحكام كما عرفت.

و الذى وقفت عليه مما يتعلق بهذا المقام روايتان الأولى-

صحيحه معاويه،

ص :153

بن وهب (۱)قال: «سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن الرجل یبیع البیع قبل أن یقبضه؟فقال:ما لم یکن کیل أو وزن فلا تبعه حتی تکیله أو تزنه الا ان تولیه».

قال فی المسالک بعد نقل هذه الروایه:فجعل قبض المکیل و الموزون کیله أو وزنه بالنسبه إلی جواز بیعه. (۲)

و اعترضه المحقق الأردبیلی فی شرح الإرشاد فقال:و هذه لا أفهم دلالتها لان ظاهرها أن البیع قبل القبض لا یجوز حتی یکیل أو یزن،و ذلک لا یدل علی کون القبض ذلک و هو ظاهر،و لا یدل علی ذلک بضم السؤال إذ یصح جواب السائل هل یجوز قبل القبض؟بأنه لا یجوز بدون الکیل،یعنی لا بد من الکیل الذی القبض حاصل فی ضمنه أی لا بد من القبض و شیء آخر،الی آخر کلامه زید فی مقامه،و به یظهر سقوط الروایه عن درجه الاستدلال فی هذا المجال.

و الثانیه:

روایه عقبه بن خالد (۳)عنه(علیه السلام)

«فی رجل اشتری متاعا من آخر و أوجبه،غیر أنه ترک المتاع عنده و لم یقبضه فسرق المتاع من مال من یکون؟قال:من مال صاحب المتاع الذی هو هو فی بیته حتی یقبض المتاع و یخرجه من بیته،فإذا أخرجه من بیته فالمبتاع ضامن لحقه حتی یرد ماله الیه».

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۳۵ الرقم ۳۴ و فیه(الا أن یولیه الذی قام علیه).
۲- ۲) أقول:یمکن أن یؤید ما ذکره فی المسالک و هو المشهور بین الأصحاب من جعل الکیل و الوزن قبضا،بان یقال:ان الروایه قد دلت علی انه مع التولیه لا یحتاج الی الکیل و الوزن،و هذا لا یتم الا علی تقدیر کون الکیل و الوزن قبضا،فإن التولیه تصح بدون القبض،و اما علی تقدیر کونها شرطا فی صحه البیع،و القبض انما هو عباره عن النقل و التحویل فکیف یصح البیع تولیه مع اختلال أحد شرائط البیع و هو الوزن و الکیل هنا. فتأمل.منه رحمه الله.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۱۷۱ التهذیب ج ۷ ص ۲۱.

و غایه ما یـدل علیه هـذا الخیر هو أنه یعتبر فی انتقال الضـمان من البائع إلی المشتری نقل المتاع و إخراجه من بیت البائع،و لیس فیه تفسـیر للقبض بـأنه عبـاره عمـا ذا،مع أن ظـاهر الخبـر أنه یعتبر فی انتقـال الضـمان الإـخراج من بیت البـائع،و لاـ قائـل به کما ستعرف.

بقی الکلام فی الدلاله العرفیه التی اعتمدوها فی المقام.قال فی المسالک:

و العرف یـدل علی أن إقباض غیر المنقول یتحقق بالتخلیه مع رفع ید البائع عنه، و عدم مانع للمشتری من قبضه،و أما فی المنقول فلاـ یتحقق الاـ باسـتقلال یـد المشـتری به،سواء نقله أم لاـو کـذا فی طرف البـائع بالنسـبه إلی الثمن،و هـذا مطرد فی المکیـل و الموزون و غیرهمـا،إلا أنهما خرجا عنه بالنص الصـحیح فیبقی الباقی و هو الأقوی.انتهی. (1)و هو جید إلا فی اسـتثنائه المکیل و الموزون«بالنص الصحیح»،و لقد عرفت آنفا من أن غایه ما یدل علیه النص هو اعتبار الکیل و الوزن فی المکیل و الموزون،لا ان القبض فیهمـا هو الکیـل و الوزن،ثم قال:و المراد بالتخلیه حیث تعتبر،رفع المانع للمشتری من قبض المبیع ان کان،و الاذن له فیه، و لا یختص ذلک بلفظ،بل کل ما دل علیه کاف فیه.

و فیه أولاـ ان ظاهر کلامه المتقـدم کون التخلیه أمرا آخر غیر رفع المانع حیث أنه أضافه الی التخلیه،و هنا فسـرها به،و ثانیا أنه لا وجه لاعتبار

ص :155

1- 1) ثم قال فی إتمام عباره المـذکوره:لا یقال:قـد نقل فی التـذکره لإتمام الاسـتدلال بهذه أن الإجماع عندنا حاصل علی منع جواز بیع الطعـام قبـل القبض،فلو لم یکن الکیل هو القبض المطلوب و یتحقق القبض بـدونه،لم یکن لقوله«حتی یکیل»معنی لأنا نقول علی تقـدیر تحقق الإجمـاع معنـاه الجواز بعـد القبض مع باقی الشـرائط و الکیل من جملته،الا أن کیله هو القبض.انتهی.منه رحمه الله.

الاذن هنا بعد انتقال المبيع إلى المشترى بالعقد،و كون البائع هنا فى حكم الأجنبى فلا وجه لتوقف قبضه على اذنه.

إذا عرفت ذلك فاعلم انه قال فى كتاب المصباح المنير:قبضت الشيء قبضا:أخذته.و قال فى نهايه الأثيريه:و القبض الأخذ بجميع الكف.أقول:

و هذا هو الذى يتبادر فى العرف الان،الا أنه فى المنقول ظاهر و ان تفاوتت أفراده فى ذلك باعتبار المقبوض،ففى مثل الدراهم و المتاع هو القبض باليد، و فى مثل الحيوان هو نقله،و فى مثل المكيل و الموزون هو تحويله بالوزن و الكيل أو بدونهما فإنه يصدق القبض بمجرد ذلك.

و أما فى غير المنقول فالظاهر هو الوقوف فيه على ما رسمه الأصحاب.قال فى الدروس:و القبض فى غير المنقول التخليه بعد رفع اليد،و فى الحيوان نقله، و فى المنقول كيله أو وزنه،أو عده أو نقله،و فى الثوب وضعه فى اليد.انتهى و هو ظاهر فيما قلناه الا أن اضافه العد الى الكيل و الوزن خارج عن مورد الروايه التى استندوا إليها فى الحكم المذكور على ما عرفت فيها،و هو ايضا خلاف ما هو المشهور من الاقتصار على مورد الخبر المذكور.

و قال الشيخ فى المبسوط:القبض فيما لا ينقل و يحول هو التخليه،و ان كان مما ينقل و يحول،فان كان مثل الدراهم و الجواهر و ما يتناول باليد، فالقبض هو التناول،و ان كان مثل الحيوان كالعبد و البهيمه،فإن القبض فى البهيمه أن يمشى بها الى مكان آخر،و فى العبد أن يقيمه الى مكان آخر،و ان كان اشتراه جزافا كان القبض فيه أن ينقله من مكانه،و ان اشتراه مكايله فالقبض فيه أن يكيله،و تبعه ابن البراج و ابن حمزه.

و قال فى المختلف:و الأقرب أن المبيع ان كان منقولا فالقبض فيه هو النقل أو الأخذ باليد و ان كان مكيلا أو موزونا فقبضه هو ذلك،أى الكيل و الوزن، و ان لم يكن منقولا فالقبض فيه التخليه.انتهى.و كلام الشيخ راجع

فی التحقیق الیه،الا فی المکیل و الموزون،حیث اقتصر فی قبضه علی الکیل و الوزن.

و بذلک یظهر ما فی عباره المسالک هنا من الإجمال فی تفسیر،القبض فی المنقول،فإنه ربما أوهم رجوعه إلی التخلیه فی غیر المنقول.و اکتفی بعضهم بالتخلیه مطلقا فی منقول أو غیر منقول،و هو مذهب المحقق فی الشرائع (۱).

قال فی الدروس:و لا بأس به فی نقل الضمان لا فی زوال التحریم أو الکراهه عن البیع قبل القبض.

أقول:لا یخفی ما فی هذا التفصیل،فان الجمیع مترتب علی القبض فان صدق القبض بالتخلیه،وجب ترتب أحکام القبض علی ذلک مما ذکر هنا و ما لم یذکر،و الا فلا مطلقا.

الثانی [لو کان المبیع بید المشتری قبل الابتیاع]

قال:فی المسالک:لو کان المبیع بید المشتری قبل الابتیاع،فان کان بغیر اذن البائع فلا بد من تجدید الاذن فی تحقق القبض بالنسبه إلی رفع التحریم أو الکراهه،و اما بالنسبه إلی مثل الضمان فیحتمل قویا تحققه بدونه،کما لو قبضه بغیر اذن البائع،و یحتمل توقف الأمرین علی تجدیده،لفساد الأول شرعا،فلا یترتب علیه أثر،و لو کان بإذنه کالودیعه و العاریه لم یفتقر الی تجدید اذن و لا تخلیه.انتهی.

ص: ۱۵۷

۱- ۱) أقول:لا یبعد أن یکون مراد الأصحاب بکون الکیل و الوزن قبضا انما هو بمعنی وزنه و کیله،لأجل القبض و النقل،لا من حیث کونه کیلا و وزنا،فإنه هو الغالب المتعارف،و لذلک أنه لو قبضه المشتری بالوزن أو الکیل،ثم باعه ممن حضر وزنه و کیله،فإنه لا یحتاج إلی إعاده الوزن أو الکیل،و انما یحتاج الی النقل لیتحقق به القبض،و بالجمله فإن القبض انما یتحقق بالنقل و التحویل سواء کان فی معنی الوزن و الکیل أو بدونهما کما فی الصوره المفروضه.منه رحمه الله.

و فيه أنه لا دليل على ما ذكره«قدس سره»لا من النص و لا من الاعتبار، و عقد البيع قد اقتضى النقل إلى المشترى،و القبض و التسليم الى المشترى حاصل و الفرق بين كون القبض قبل البيع شرعيا أو غير شرعى مع كونه لا دليل عليه- لا ثمره له بعد ما عرفت.و مع كونه غير شرعى قبل البيع لا يمنع من كونه شرعيا بعد البيع و الانتقال اليه بالعقد الصحيح.

و بالجمله فشروط صحه البيع كلها حاصله،فلا وجه لما ذكره،و الى ما ذكرناه هنا يميل كلام المحقق الأردبيلى(قدس سره)حيث قال:لو كان المبيع بيد المشترى،فالظاهر أنه لا يحتاج الى تجديد القبض و الاذن مطلقا،و لا مضى زمان،لوجود القبض الذى هو شرط،و الموجب لجواز البيع و غيره،كما قيل ذلك فى الهبه المقبوضه،و التفصيل بما إذا كان القبض مشروعا و عدمه-فإنه لا بد حينئذ لرفع التحريم و الكراهه،و يحتمل لرفع الضمان ايضا-ليس بواضح.

الثالث [كفايه القبض المعتبر لإسقاط الضمان]

-الظاهر أن القبض المعتبر من نقل أو تخليه يكفى لإسقاط الضمان، و ان كان المبيع مشغولا بأمتعه البائع كالصندوق الذى فيه المتاع و البيت الذى فيه الأمتعه،و يكون مكلفا بأن يفرغه،و هو خيرته فى المسالك،و نقله بالنسبه الى الثانى عن التذكره،و احتمل فى المسالك توقف القبض على اذن المالك فى نقل الأمتعه و الظاهر ضعفه،لحصول البيع الشرعى بشروطه و عدم ظهور مانعيه ما ذكره مع وجوب تفريغه.

الرابع [حكم ما لو كان المبيع مكيلا أو موزونا]

-قال فى المسالك-لو كان المبيع مكيلا أو موزونا فلا يخلو اما أن يكون قد كيل قبل البيع و وزن أولا،بأن أخبر البائع بكيله أو وزنه،أو باعه قدرا منه معينا من صبره مشتمله عليه،فان كان الأخير فلا بد فى تحقق قبضه من كيله أو وزنه للنص المتقدم،و ان كان الأول ففى الافتقار الى اعتباره ثانيا-لأجل القبض-أو الاكتفاء بالاعتبار السابق وجهان،من إطلاق توقف الحكم على الكيل و الوزن و قد

حصلا-و

قوله(علیه السلام) (۱)

«لا تبعه حتی تکیله أو تزنه». لا یدل علی أزید من حصولهما الشامل لما کان قبل البیع-و من کون الظاهر أن ذلک لأجل القبض لا لأجل صحه البیع،فلا بد له من اعتبار جدید بعد العقد،و به صرح العلامه و الشهید(رحمه الله)و جماعه،و هو الأقوی.

و یدل علیه قوله(علیه السلام)،فی الخبر السابق«الا أن تولیه»فإن الکیل السابق شرط لصحه البیع،أو ما قام مقامه،فلا بد منه فی التولیه و غیرها،و مقتضی قوله«الا أن تولیه»أنه معها لا یتوقف علی کیل أو وزن،و دل ذلک علی أنهما لأجل القبض،لا لأجل صحه البیع.

و أما الثانی فإن اکتفینا بالاعتبار الأول فی الأول،کفی الاخبار فیه-و اختارهما فی التذکره-و ان لم نکتف بالسابق فی الأول لم یکتف بالاخبار فی الثانی بطریق أولی.

و قد روی محمد بن أبی حمزه (۲)قال:

«قلت لأبی عبد الله(علیه السلام) اشترینا طعاما فزعم صاحبه انه کاله،فصدقناه و أخذناه بکیله،فقال:لا بأس،فقلت:

أ یجوز أن أبیعه کما اشتریته منه بغیر کیل؟قال:لا،أما أنت فلا تبعه حتی تکیله». انتهی.

أقول:مرجع البحث هنا ان الکیل و الوزن هل وجوبهما فی المکیل و الموزون من حیث کونهما شرطا فی صحه البیع،أو من حیث کونهما قبضا للبیع،یترتب علیهما ما یترتب علی القبض الذی هو النقل و الأخذ بالید،و نحو ذلک مما تقدم فی غیر المکیل و الموزون.

و الظاهر من الاخبار المانعه من بیع ما لم یقبض إذا کان مکیلا أو موزونا هو الثانی،بالتقریب الذی ذکره من جواز البیع تولیه بدون کیل أو وزن،و لو کان ذلک شرطا فی صحه البیع لما جاز ذلک،إذ لا فرق بین التولیه و غیرها فی اعتبار هذا الشرط.

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۳۵.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۳۷ و فیه محمد بن حمران.

و یعضده انه قد وقع التعبیر عن الکیل و الوزن فی هذا المقام بالقبض فی جمله من الاخبار.

ففی صحیحه منصور بن حازم (۱)

«إذا اشتریت متاعا فیه کیل أو وزن فلا تبعه حتی تقبضه،الا أن تولیه».

و فی صحیحه علی بن جعفر (۲)عن أخیه موسی(علیه السلام)

«انه سأله عن الرجل یشتری الطعام أ یصلح بیعه قبل أن یقبضه؟قال إذا ربح لم یصلح حتی یقبض و ان کان یولیه فلا بأس،و سأله عن الرجل یشتری الطعام أ یحل له أن یولی منه قبل أن یقبضه؟قال:إذا لم یربح علیه شیء فلا بأس،فإن ربح فلا یصلح حتی یقبضه». و نحوهما غیرهما.

و کذا فی صحیحه معاویه بن وهب المتقدمه (۳)قد عبر بالکیل و الوزن عن لفظ القبض فی هذه الروایات.

و مثلها

روایه أبی بصیر (۴)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن رجل اشتری طعاما ثم باعه قبل أن یکیله؟قال:لا یعجبنی أن یبیع کیلا أو وزنا قبل أن یکیله أو یزنه،الا ان یولیه،کما اشتراه»الحدیث.

و بالجمله فإن استثناء التولیه فی هذه الاخبار مما ذکرنا و ما لم نذکره انما یتجه علی تقدیر کون الکیل و الوزن قبضا،و البیع تولیه صحیح مع عدم القبض و لو کان اعتبارهما انما هو من حیث کونها شرطا فی صحه البیع لم یتجه صحه التولیه هنا کما عرفت.

ص: ۱۶۰

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۳۵ الفقیه ج ۳ ص ۱۲۹.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۳۶.

۳- ۳) ص ۱۵۴ التهذیب ج ۷ ص ۳۵.

۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۳۷.

نعم يشكل الحكم بان مقتضى ما ذكر أنه لو اشترى الطعام و اكتاله ثم باعه ممن حضر كيله-فان الواجب بمقتضى ما ذكر-هو كيله مره أخرى،ليتحقق به قبض المشترى الثانى و هو الذى قواه،و نقله عن العلامه و الشهيد(رحمه الله) مع أن ظاهر الاخبار الوارده هنا هو العدم.

و منها ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن عبد الملك بن عمرو (۱)قال:

قلت لأبى عبد الله(عليه السلام):أشترى الطعام فأكتاله و معى من قد شهد الكيل و انما اكتلته لنفسى،فيقول:بعنيه فأبيعه إياه بذلك الكيل الذى كلته؟قال:لا بأس».

و نحوه ما رواه

فى الفقيه عن خالد بن الحجاج الكرخى (۲)قال:

قلت لأبى عبد الله (عليه السلام):أشترى الطعام من الرجل ثم أبيعه من رجل آخر قبل أن أكتاله، فأقول:ابعث وكيلك حتى يشهد كيله إذا قبضته،قال لا بأس».

و يمكن أن يقال فى وجه الجمع بين ظواهر هذه الاخبار انه لما كان الغالب أن الكيل و الوزن انما يقعان فى حال القبض،و انه بهما يحصل القبض و التحويل من البائع إلى المشترى،صح إطلاق القبض عليهما بهذا الوجه فى الاخبار المتقدمه و ان كانا شرطا فى صحه البيع،و اما جواز البيع توليه فى تلك الاخبار بدونهما،فلعله مستثنى من القاعده المذكوره،حيث أن التوليه عباره عن أن يعطيه ما اشتراه برأس ماله، و يجعله محله فى ذلك العقد،الا انى لم أجد به قائلا،و المسأله لما عرفت غير خاليه من الاشكال و لهذا كثر فيها التردد و الاحتمال.

الخامس [إلحاق المعدود بالمكيل و الموزون]

-قال فى المسالك:ألحق فى الدروس المعدود بالمكيل و الموزون فاعتبر فى قبضه عده بعد البيع،و لم يكتف بعد السابق.و فيه نظر،لعدم النص

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۱۷۹ التهذيب ج ۷ ص ۳۸.

۲- ۲) الفقيه ج ۳ ص ۱۳۱.

و تحقق القبض فيه عرفا مع نقل المشترى له كغيره من المنقولات،و الحاقه بهما نظرا الى اشتراط اعتباره فى صحه بيعه لا يوجب ذلك عندنا،و اكتفى فيه ايضا عن اعتبار المكيل و الموزون و المعدود بنقله،و الخبر الصحيح حجه عليه و قريب منه مختار العلامه فى المختلف،فإنه اكتفى فيهما بأحد أمور ثلاثه، النقل،و القبض باليد،و الاعتبار بالكيل أو الوزن،و فى النقل ما مر،و فى القبض باليد ما دل عليه خبر عقبه بن خالد (۱)من اعتبار النقل.و مال فى الدروس أيضا الى أن التخليه كافيه مطلقا فى نقل الضمان،لا فى زوال التحريم أو الكراهه عن البيع قبل القبض،و خبر عقبه حجه عليه ان اعتبره.

و التحقيق هنا أن الخبر الصحيح دل على النهى عن بيع المكيل و الموزون قبل اعتباره بهما،لا على أن القبض لا يتحقق بدونهما،و كون السؤال فيه وقع عن البيع قبل القبض لا ينافى ذلك،لان الاعتبار بهما قبض و زياده،و حينئذ فلو قيل:

بالاكتفاء فى نقل الضمان فيهما بالنقل عملا بمقتضى العرف و الخبر الأخر،و بتوقف البيع ثانيا على الكيل و الوزن أمكن ان لم يكن احداث قول.انتهى كلامه.

أقول ما ذكره هنا من التحقيق جيد،و بالقبول حقيق،الا ان فيه أولا-ما يدل على رجوعه عما قدمه،سيما فى اعتراضه هنا على الدروس بأن الخبر الصحيح حجه عليه،و قد تكرر فى كلامه السابق على هذا الكلام المبالغه فى دلاله الخبر على أن القبض فى المكيل و الموزون هو كيله و وزنه،و أنه لا يتحقق القبض بدون ذلك.

و ثانيا أن ما ذكره من التوقف فى القول بالاكتفاء فى نقل الضمان فى المكيل و الموزون بالنقل،لاستلزامه احداث قول فى المسأله.فيه أن ذلك مقتضى كلام الشهيد فى الدروس و العلامه فى المختلف الذى قدمه هنا،حيث إنهما صرحا بان القبض

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۱۷۱.

فی المکیل و الموزون کما یکون بالکیل و الوزن،یکون بالنقل أیضا،و أن القبض بالنقل موجب لعدم الضمان،و ان اشتراط الکیل و الوزن فی بیعه ثانیا لازاله التحریم أو الکراهه،فهو لیس بإحداث قول فی المسأله،کما ذکره.

السادس [تلف المبیع أو نقصان قیمته قبل التسلیم إلی المشتری]

-قالوا و إذا تلف المبیع قبل تسلیمه الی المشتری کان من مال البائع و کذا ان نقصت قیمته بحدث فیه کان للمشتری رده،و فی الأرش تردد.

قال فی المسالک:موضع التردد ما لو کان العیب من قبل الله تعالی، و منشؤه من تعیبه علی ملک المشتری لا من قبل أحد،و من أنه مضمون علی البائع بأجمعه،فضمان أجزائه أولی،فالأقوی ان له الأرش ان لم یفسخ،و لو کان التعیب من أجنبی أو من البائع تخیر المشتری بین الرجوع علی المتلف بالأرش و بین فسخ العقد،فان فسخ رجع البائع علی الأجنبی بالأرش.انتهی.

أقول:أما الحکم الأول فقد تقدم الکلام فیه فی المقام الثانی فی أحکام الخیار (۱)و بینا ثمه ما فیه من الاشکال،و مستنده-عند الأصحاب بعد الإجماع-روایه عقبه بن خالد المتقدمه فی الموضع الأول. (۲)

و أما الثانی فلم أقف فیه علی نص،و ظاهرهم الاتفاق علی أنه یتخیر بین رد المبیع و أخذ ثمنه،و بین إمساکه،و انما الخلاف فی صوره اختیار الإمساک هل یمسکه بثمنه أو یرجع بالأرش علی البائع فیما إذا کان العیب من جهه الله تعالی، و قد رجح فی المسالک الثانی نظرا الی أن ضمان الکل یستلزم ضمان البعض بالطریق الاولی.

و یمکن خدشه بما صرحوا به فی صوره تلف الجمیع من انه یبطل البیع، و ینتقل المبیع إلی البائع کما قدمنا نقله عنهم فی الموضع المتقدم ذکره،بخلاف

۱- ۱) ص ۷۷.

۲- ۲) ص ۱۵۴.

ما هنا،فإنه باق على ملك المشترى،و لعل مثل هذا لا يؤثر فى الضمان.

و بالجمله فإن الحكم لما لم يكن منصوصا-و الفرق بين الكل و البعض ظاهر مما ذكرنا-فالحكم بالأرش محل اشكال،سيما مع ما حققناه فى الموضع المتقدم ذكره،من ان قضيه العقد كون المبيع ملكا للمشترى،و قضيه كونه ملكا للمشترى أن تلفه منه و ان كان فى يد البائع،و الأصل عدم الضمان على البائع بعد انتقال المبيع عنه الا بالتفريط و لو بمنعه المالك.

السابع [حكم النماء قبل القبض]

-قد صرحوا بأنه إذا حصل للمبيع نماء قبل القبض كالنتاج أو ثمره النخل أو اللقطه كلقطه العبد التى يمكن تملكها و لو بعد التعريف كان ذلك للمشترى،فإن تلف الأصل سقط الثمن عن المشترى ان لم يدفعه،و الا استرجعه و له النماء،و لو تلف النماء من غير تفريط لم يلزم البائع دركه.

أقول:أما الحكم الأول فيجد لان المبيع بالعقد ينتقل الى ملك المشترى قبضه أو لم يقبضه،فكذا نماؤه،و هكذا الثمن أيضا،فإنه بالعقد ينتقل إلى البائع و نماؤه تابع له أيضا.

و أما الثانى-فهو مبنى على القاعده المتفق عليها عندهم،و هو أن المبيع قبل القبض مضمون على البائع،و على أن التلف انما يبطل البيع من حينه،كما هو المشهور عندهم،فيكون النماء السابق على وقت التلف و ما فى حكمه كلقطه العبد للمشترى و أما لو قلنا بأنه يبطله من أصله كما تقدم نقله احتمالا عن العلامه فهو،للبائع.

و أما الثالث.فوجهه ان النماء فى يد البائع أمانه لا يضمنها الا مع التفريط اقتصارا فيما خالف الأصل-و هو ضمان مال الغير مع عدم العدوان-على ما دل عليه الدليل.

الثامن-لو باع جمله فتلف بعضها

فظاهر بعض الأصحاب هو التفصيل هنا بأنه ان كان للتالف قسط من الثمن كان المشترى مخيرا بين فسخ العقد،و بين

الرضا بالباقی بحصته من الثمن،و ان لم یکن له قسط کان المشتری مخیرا بین الرد،أو أخذه بجمله الثمن.

قال فی المسالک:ضابط الأول ما یمکن افراده بالبیع،کأحد العبدین و القفیزین،و الثانی مالا یمکن افراده کید العبد،و الفرق بینهما الموجب لاختلاف الحکم ان الأول لا یبقى مع فواته أصل المبیع بل بعضه،و الثانی یبقى معه أصل المبیع،و الجزء التالف بمنزله الوصف کید العبد و نحوها من أعضائه التی فواتها لا یخل ببقاء العبد.انتهى.

و نحوه کلام المحقق الشیخ علی(قدس سره)فی شرح القواعد،و مقتضى کلام أصحاب هذا القول أنه لا أرش فی الصوره الثانیه،بل یکون مخیرا بین الرد و الأخذ بمجموع القیمه،لأن الفائت هنا لاقسط له من الثمن فلا أرش،لأن الأرش هو مقدار حصته من الثمن.

و ظاهر جمله من الأصحاب-و قیل:انه هو المشهور و هو اختیار شیخنا الشهید الثانی فی المسالک و المحقق الشیخ علی فی تعلیقاته على الشرائع،و فی شرح القواعد -هو وجوب الأرش فی الصوره المذکوره.

قالوا:لأن القیمه-تزید بوجوده،و تنقص بعدمه،و فواته من أظهر العیوب و أبینها،للقطع بأن المبیع هو المجموع،و قد فات بعضه فیتخیر بین الرد لتبعیض الصفقه،و الأخذ بالأرش،و ظاهر کلامه فی المسالک (1)ان الأمر کذلک فی الصوره الأولى أیضا-و هو ماله قسط من الثمن و یمکن أفراده بالبیع-من أنه یتخیر بین الرد لتبعیض الصفقه،و الأخذ بالأرش،و الظاهر أنه لیس الأمر کذلک،بل الحکم هنا مع عدم الفسخ انما هو تقسیط الثمن على الجزء الفائت و الباقی،و أخذ الباقی بقسطه من الثمن،و ظاهر کلام المحقق المتقدم ذکره اختصاص الکلام بالصوره الثانیه أیضا،و ان الحکم فی الصوره الأولى انما هو ما ذکرناه،و به صرح فی الدروس أیضا حیث قال:و لا إشکال فی توزیع الثمن على العینین فصاعدا لو تلف بعضها،

1- 1) حیث قال:بعد ذکر القول الأول الذی اختاره المصنف:و الأقوى ثبوت الأرش فیه کالأول الى أن قال:و لان المبیع هو المجموع،و قد فات بعضه فیتخیر المشتری بین الرد لتبعیض الصفقه فی الموضعین و الأرش.انتهى منه رحمه الله.

و له الفسخ.انتهى،و بالقول الأول أفتى المحقق فى الشرائع،و تنظر العلامه فى القواعد فى ثبوت الأرش فى الصوره الثانيه.

أقول:و مما يؤيد القول الثانى هنا هو أنهم قد صرحوا فى باب العيب الموجب للخيار و الأرش بأنه عباره عن كل ما خرج عن أصل الخلقه الطبيعيه بزياده عضو أو نقصانه،و منهم المحقق فى الشرائع الذى نفى الأرش هنا حيث قال:القول فى أقسام العيوب،و الضابط أن كلما فى أصل الخلقه فزاد أو نقص فهو عيب،و الزياده كالإصبع الزائده،و النقصان كفوات عضو الى آخره،و هو ظاهر فيما قلناه، و المسأله المفروضه هنا أحد جزئيات هذه القاعده،فيكون الحكم فيها هو الأرش- مع عدم الفسخ،لا الأخذ بالقيمه،كما ذكروه.

و بما حققناه فى المقام يظهر لك ما فى كلام المحقق الأردبيلى(طاب ثراه) هنا حيث قال-فى أثناء البحث فى المسأله المتقدمه فى الموضع السادس-ما لفظه:

و الظاهر عدم الفرق بين حدوث عيب و نقص شىء و جزء له قسط من الثمن،مع عدم صحه إيقاع العقد عليه،مثل يد العبد و رجله،و أما فوات الجزء الذى له قسط منه و يصح العقد عليه كموت عبد من عبدين،فالظاهر أنه يبطل فى الميت،فيسقط و يسترد قيمته،مثل ما قيل فى أمثاله،و فى الأخر يثبت الخيار للمشترى بين الفسخ و أخذ الثمن،و الرضا به بقيمته من غير شىء،لتبعيض الصفقه.

و لعله يفهم عدم الخلاف عندنا من التذكره،فإن فيه أولا أن صحه إيقاع العقد عليه مستقلا و عدم الصحه انما جعل ضابطا لما له قسط من الثمن،و ما ليس له قسط،فكلما له قسط من الثمن يصح إيقاع العقد عليه مستقلا،كأحد العبدين، و ما لم يكن كذلك- كيد العبد-لا يصلح إيقاع العقد عليه مستقلا.

و الضابط الأخر لذلك أيضا هو ما لا يبقى معه أصل المبيع،كالعبد من العبدين، و ما يبقى كيد العبد مثلا،فيد العبد لا قسط لها من الثمن على كل من الضابطتين، لأنها لاتباع مستقله،و انه يبقى معها أصل المبيع،و هو قد حكم بأن لها قسطا من الثمن مع عدم صحه إيقاع العقد عليها و هو خروج عن الضابط الأول.

و ثانيا أن ما ذكره من عدم الخلاف مع ما عرفت من أن القول بالأرش قد صرح به جمله منهم،بل هو المشهور كما ذكره بعضهم،و ان العلامه فى القواعد قد توقف فى ذلك.

ص :۱۶۶

قالوا هـذا كله إذا كـان الفـائت جزا مـن المـبيع،و أما لـو كـان وصـفا محضـا، كما لـو كـان العبـد كاتبـا فنسـى الكتـابه قبل القبض،فللمشترى الرد خاصه،أو الإمساك بجميع الثمن،لأن الفائت ليس جزا للمبيع،و من ثم لو شرط كونه كاتبا فظهر بخلافه لم يستحق سوى الرد.

التاسع إذا باع شيئا فغصب من يد البائع

،فإن أمكن استعادته من الغاصب فى زمن يسير،بحيث لا يفوت فيه منفعه مقصوده يستلزم فواتها نقصا معتبرا،أو فوات غرض مقصود للمشترى،فليس للمشترى الفسخ،و يجب على البائع استعادته مع الإمكان،لأن التسليم واجب عليه،و لا يتم الا بذلك،و ان تعذرت استعادته أو أمكنت،لكن بعد مضى زمان يفوت فيه ما ذكرنا من المنافع المقصوده،و الأغراض المطلوبه،فإن للمشترى الخيار حينئذ بين الفسخ و الرجوع الى ثمنه،و بين الرضا بالبيع و انتظار حصوله،و له الانتفاع بما لا يتوقف على القبض،كعتق العبد و نحوه.

ثم ان تلف فى يد الغاصب فهو مما تلف قبل القبض،فيبطل البيع و لو مع رضائه بالصبر،و يحتمل أن يكون الرضاء به قبضا،و نحوه ما لو رضى به فى يد البائع،و لو امتنع البائع من تسليمه فللمشترى الأجره إذا سلمه بعد مده تلزم فيها الأجره لو كان له أجره،و يحتمل ان يكون له الفسخ كما فى أخذ الغاصب له ظلما،لانه غاصب فى هذه الحال.

و لو حبسه لنقد الثمن فان ذلك له على ما يظهر من الأصحاب،فلا أجره له حينئذ، و قد تقدم الكلام فى ذلك فى صدر هذا المقام،و كل موضع يجوز الحبس و المنع فنفقه المبيع على المشترى،لأنه ماله و له نماؤه،و ان لم يمكن من قبضه يكون فى ضمان البائع.

العاشر [بیع ما یکال أو یوزن قبل قبضه]

اشاره

-اختلف الأصحاب فی بیع ما یکال أو یوزن قبل قبضه،فعن الشیخ المفید أنه یکره ذلک فیما یکال أو یوزن،و لیس بمفسد للبیع،و لا مانع من مضیه، و نحوه الشیخ فی النهایه،و قال فی المبسوط:إذا ابتاع شیئا و أراد بیعه قبل قبضه، فان کان طعاما لم یجز بیعه حتی یقبضه إجماعا،فأما غیر الطعام من سائر الأموال فإنه یجوز بیعه قبل القبض،و نحوه قال فی الخلاف فی موضع،یجوز بیع ما عدا الطعام قبل أن یقبض.

و قال ابن أبی عقیل:کل من اشتری شیئا مما یکال أو یوزن فباعه قبل أن یقبضه فالبیع باطل،و ان کان مما لا یکال أو یوزن فباعه من قبل أن یقبضه فالبیع جائز، و الفرق بینهما أن السنه جائت عن رسول الله(صلی الله علیه و آله)بإبطال بیع الطعام و جمیع ما یکال و یوزن قبل القبض،و اجازه فیما سوی ذلک،و اختار ابن البراج فی المهذب قول الشیخ فی المبسوط،و فی الکامل قوله فی النهایه.

و عن ابن حمزه أنه منع من بیع الطعام قبل القبض،سواء کان بیعا أو قرضا، و غیر الطعام جوز بیعه قبل القبض علی کل حال،الا أن یکون سلفا.

قال الصدوق فی المقنع:لا یجوز أن یشتری الطعام من بیعه قبل أن یکتاله، و ما لم یکن فیه کیل و لا وزن فلا بأس أن یبیعه قبل أن یقبضه،و قال فی موضع آخر منه:و لا بأس أن یشتری الرجل النخل و الثمار ثم یبیعه قبل أن یقبضه،

و روی فی حدیث

«أنه لا بأس أن یشتری الطعام من بیعه قبل أن یقبضه و یوکل المشتری بقبضه».

و قال أبو الصلاح:یصح بیع ما استحق تسلیمه قبل أن یقبضه،و ینوب قبض الثانی عن الأول و أطلق.

و المشهور بین المتأخرین من المحقق و العلامه و من بعدهما هو القول بالجواز

ص:۱۶۸

على كراهه،و الاخبار فى المسأله على غايه من الاختلاف و الاضطراب،فلا بد من بسطها و نقلها ليظهر ما هو حقيقه الحق منها و الصواب،بتوفيق الملك الوهاب،و بركه أهل الذكر الأطياب.

فمن الأخبار الداله على القول بالتحريم ما رواه

الصدوق فى الصحيح عن منصور بن حازم (۱)عن أبى عبد الله(عليه السلام) قال:

«إذا اشتريت متاعا فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه،الا أن توليه،فان لم يكن فيه كيل أو وزن فبعه».

قال فى الفقيه بعد هذه الروايه:يعنى أنه يؤكل المشترى بقبضه.

و ظاهر المحدث الشيخ محمد الحر فى الوسائل أن هذه الزياده من أصل الروايه، حيث أدرجها فيها (۲)و هكذا نقلها فى المختلف أيضا عن الفقيه،و الأقرب انها من كلام صاحب الفقيه،كما يظهر من المحدث الكاشانى فى الوافى،حيث لم ينقلها فى الروايه.

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن الحلبى (۳)عن أبى عبد الله (عليه السلام)

«انه قال فى الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل أن يكتال،قال:لا يصلح له ذلك».

و ما رواه

فى التهذيب أيضا بسند آخر فى الصحيح عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله و أبى صالح (۴)عن ابى عبد الله(عليه السلام)مثله،و زاد و قال:

«لا تبعه حتى تكيله».

ص :۱۶۹

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۱۲۹ التهذيب ج ۷ ص ۳۵.
۲- ۲) الوسائل الباب-۱۶-من أبواب أحكام العقود الرقم ۱.
۳- ۳) الكافى ج ۵ ص ۱۷۸ التهذيب ج ۷ ص ۳۶.
۴- ۴) التهذيب ج ۷ ص ۳۶.

و ما رواه

فی الفقیه و التهذیب فی الصحیح عن الحلبی (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن قوم اشتروا بزا فاشترکوا فیه جمیعا و لم یقتسموه أ یصلح لأحد منهم بیع بزه قبل أن یقبضه؟قال:لا بأس به،و قال:ان هذا لیس بمنزله الطعام، لان الطعام یکال».

و ما رواه

فی الفقیه و التهذیب فی الصحیح فی الکتاب الأول عن منصور (۲)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن رجل اشتری بیعا لیس فیه کیل و لا-وزن، إله أن یبیعه مرابحه قبل أن یقبضه و یأخذ ربحه؟فقال:لا بأس بذلک ما لم یکن فیه کیل و لا وزن،فان هو قبضه فهو أبرأ لنفسه».

و ما رواه

فی التهذیب عن معاویه بن وهب (۳)قال:

«سألت أبا عبد الله (علیه السلام)عن الرجل یبیع البیع قبل أن یقبضه؟فقال:ما لم یکن کیل أو وزن فلا یبیعه حتی یکیله أو یزنه،الا أن یولیه بالذی قام علیه».

و عن سماعه فی الموثق (۴)قال:

«سألته عن الرجل یبیع الطعام أو الثمره، و قد کان اشتراها و لم یقبضها قال:لا-حتی یقبضها،الا أن یکون معه قوم یشارکهم فیخرجه بعضهم عن نصیبه من شرکته بربح،أو یولیه بعضهم فلا بأس».

و روی فی التهذیب (۵)قال:

«و سأل علی بن جعفر أخاه موسی بن جعفر(علیه السلام) عن الرجل یشتری الطعام أ یصلح بیعه قبل أن یقبضه؟قال:إذا ربح لم یصلح حتی یقبض،و ان کان یولیه فلا-بأس،و سأله عن الرجل یشتری الطعام أ یحل له أن یولی منه قبل أن یقبضه؟قال:إذا لم یربح علیه شیء فلا بأس،فإن ربح فلا یصلح حتی یقبضه».

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۱۳۶ التهذیب ج ۷ ص ۵۵.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۱۳۶ التهذیب ج ۷ ص ۵۶.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۳۵.

۴- ۴) التهذيب ج ۷ ص ۳۶.

۵- ۵) التهذيب ج ۷ ص ۳۶.

و طريق الشيخ فى التهذيب الى على بن جعفر صحيح،فتكون الروايه صحيحه، فما ذكره فى المسالك من أن الشيخ.ذكرها فى التهذيب بغير اسناد و جعلها بذلك ضعيفه،غفله مما ذكرناه.

و رواه على بن جعفر فى كتابه و رواه الحميرى فى قرب الاسناد عن عبد الله بن الحسن عن على بن جعفر (۱)مثله.

و عن أبى بصير (۲)قال:

«سألت أبا عبد الله(عليه السلام)عن رجل اشترى طعاما ثم باعه قبل أن يكيله؟قال:لا يعجبنى أن يبيعه كيلا أو وزنا قبل أن يكيله أو يزنه،الا أن يوليه كما اشتراه،فلا بأس أن يوليه كما اشتراه إذا لم يربح فيه أو يضع،و ما كان من شىء عنده ليس بكيل و لا وزن فلا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه».

أقول:و هذه الاخبار كلها كما ترى ظاهره الدلاله على القول المذكور، و مقتضاها تصريحا فى بعض و تلويحا فى آخر عموم الحكم للمكيل و الموزن، لا بخصوص الطعام.

و يؤيدها أيضا ما رواه

فى الكافى عن على بن أبى حمزه (۳)عن أبى جعفر (عليه السلام) قال:

«سألته عن الرجل يشترى متاعا ليس فيه كيل و لا وزن أ يبيعه قبل أن يقبضه؟قال:لا بأس».

و جمله من هذه الاخبار قد دلت على النهى الذى هو حقيقه فى التحريم،

۱- ۱) الوسائل الباب ۱۶-من أبواب أحكام العقود الرقم ۹.

۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۳۷ الوسائل الباب-۱۶ من أبواب أحكام العقود الرقم-۱۶.

۳- ۳) الكافى ج ۵ ص ۲۰۰ الوسائل الباب-۱۶-من أبواب أحكام. العقود الرقم-۸.

کصحیحه منصور بن حازم (۱)و صحیحه عبد الرحمن بن ابی عبد الله و ابی صالح (۲)و صحیحه معاویه بن وهب (۳)و موثقه سماعه (۴).

و ما عدا هذه الاخبار فإنها و ان لم تکن مثلها فی الصراحه،الا أنها بمعونه هذه الاخبار ظاهره تمام الظهور؟خصوصا لفظ لا یصلح،فان ذکر هذه الألفاظ-فی ضمن هذا السیاق الذی سیقت علیه الاخبار الناهیه الصریحه فی التحریم-قرینه ظاهره علی أن المراد بها ما أرید بالنهی-فی تلک الاخبار-التحریم،و ان کانت فی حد ذاتها أعم من ذلک،کما لا یخفی علی المنصف المتدرب.

ثم انه لا یخفی أن جمله من هذه الاخبار قد دلت علی استثناء التولیه فیجوز البیع قبل القبض فی هذه الصوره،و فی بعضها تخصیص المنع بالربح، فیفهم منه الجواز مع المواضعه،الا أن عجز صحیحه علی بن جعفر صریح فی المنع مع المواضعه أیضا،و حینئذ فیحمل ما دل علی ذکر الربح علی مجرد التمثیل دون التخصیص،فیختص الجواز بالتولیه خاصه،کما هو مفاد أکثر الاخبار،و یجب حمل الأخبار الداله علی النهی مطلقا علی غیر التولیه جمعا.

استدل القائلون بالجواز-و منهم المحقق الأردبیلی،فإنه قد أطال فی ذلک، و نحن ننقل کلامه ملخصا،فإنه قد بالغ فی نصره القول المشهور بین المتأخرین بجده و جهده،فاستدل-بعموم القرآن و الاخبار الداله علی جواز البیع،و الأصل،و بأن الناس مسلطون علی أموالهم،و حصول التراضی مع عدم المانع عقلا،و عدم الخروج عن قانون و قاعده.

و صحیحه منصور بن حازم (۵)عن ابی عبد الله(علیه السلام)

«فی رجل أمر

۱- ۱) الوسائل الباب ۱۶-من أبواب أحکام العقود الرقم-۱.
۲- ۲) الوسائل الباب ۱۶-من أبواب أحکام العقود الرقم-۱۴.
۳- ۳) الوسائل الباب ۱۶-من أبواب أحکام العقود الرقم-۱۱.
۴- ۴) الوسائل الباب ۱۶-من أبواب أحکام العقود الرقم-۱۵.
۵- ۵) التهذیب ج ۷ ص ۵۰.

رجلا يشترى له متاعا فيشتريه منه؟قال:لا بأس بذلك،انما البيع بعد ما يشتريه».

و صحيحه محمد بن مسلم (۱)عن ابى جعفر(عليه السلام) قال:

«سألته عن رجل أتاه رجل فقال:ابتع لى متاعا لعلى أشتريته منك بنقد أو نسبه فابتاعه الرجل من أجله قال:ليس به بأس،إنما يشتريه منه بعد ما يملكه». فان قوله بعد التملك، و بعد الشراء كالصريح فى الجواز قبل القبض مطلقا،فافهم.

و يدل عليه أيضا

صحيحه محمد الحلبى (۲)عن ابى عبد الله(عليه السلام).

قال:

«سألته عن الرجل يشتر الثمره ثم يبيعها قبل ان يأخذها؟قال:لا بأس به ان وجد ربحا فليبع».

و صحيحه محمد بن مسلم (۳)عن أحدهما(عليهما السلام)

«انه قال فى رجل اشترى الثمره ثم يبيعها قبل أن يقبضها قال:لا بأس».

و لا يخفى أن الثمره مكيل،بل طعام على بعض الإطلاقات،و الأول صريح فى الجواز مع إراده المرابحه،فيحمل ما يدل على عدم جوازها على شده الكراهه للجمع،فتأمل.

و يؤيد الجمع

روايه أبى بصير قال:

«سألت أبا عبد الله(عليه السلام)اشترى طعاما قبل أن يكيله؟قال:ما يعجبنى»الحديث. كما قدمنا نقله (۴).

ثم قال:و هذه صريحه فى الكراهه مرابحه،و كراهه المكيل و الموزون قبل القبض،و عدم البأس فى غيرهما.

و كذا ما فى

روايه ابن الحجاج الكرخى (۵)قال:

«قلت لأبى عبد الله(عليه السلام):

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۵۱.
۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۸۹.
۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۸۹.
۴- ۴) ص ۱۶۰.
۵- ۵) التهذيب ج ۷ ص ۳۹ الفقيه ج ۳ ص ۱۳۱.

اشتری الطعام إلی أجل مسمی،فبطلبه التجار بعد ما اشتریته قبل أن أقبضه؟قال:

لا بأس أن تبیع إلی أجل کما اشتریت»الی آخره.

و کذا

روایه جمیل بن دراج (۱)عن أبی عبد الله(علیه السلام)

«فی الرجل یشتری الطعام ثم یبیعه قبل أن یقبضه؟قال:لا بأس،و یوکل الرجل المشتری منه بکیله و قبضه؟قال:لا بأس».

و یؤیده أیضا أن أکثر أخبار المنع وردت بلفظ لا یصلح،و هو ظاهر فی الکراهه و لیست بصریحه فی التحریم،و التی بغیر لفظ لا یصلح لیست أیضا بصریحه فی التحریم قبل القبض،مثل روایه معاویه الاتیه،لان فیها النهی عن البیع قبل الکیل،و مع الإجمال فی قوله«الا أن تولیه،الذی قام علیه».

نعم روایه منصور ظاهره فیه،و یمکن تأویلها،و بالجمله الأدله التی أفادت العلم لا ینبغی الخروج عنها الا بدلیل قوی.انتهی ملخصا.

أقول:لا یخفی ما فیه علی المنصف النبیه من التکلف و الخروج عن القواعد المقرره و الضوابط المعتبره،أما ما استدل به أولا من الأصل و عمومات القرآن و الاخبار و أن الناس مسلطون علی أموالهم،ففیه أن ما دلت علیه الاخبار المذکوره خاص،و مقتضی القاعده تخصیص تلک العمومات به،و الأصل یجب الخروج عنه بالدلیل،و هو موجود بالتقریب الذی قدمناه ذیل تلک الاخبار.

و بذلک یظهر لک ما فی قوله-و عدم الخروج من قانون و قاعده- و کیف لا یکون فیما ذهب الیه خروج عن قاعده،و مورد هذه الاخبار أخص مما استدل به من العمومات،و قاعده المسأله تقتضی الحکم بالخاص علی العام،و المقید علی المطلق.

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۳۶ الکافی ج ص ۱۷۹.

و أما صحيحه منصور بن حازم و صحيحه محمد بن مسلم فالقول فيهما كذلك أيضا،فإن المبتاع فيهما مطلق،شامل بإطلاقه للمكيل و الموزون و غيرهما، و الواجب تخصيصهما بما عدا المكيل و الموزون،كما أفصحت به صحيحه منصور ابن حازم التى هى أول تلك الاخبار،من قوله(عليه السلام)«إذا اشتريت متاعا فيه كيل أو وزن»الى آخره،فإنها قد فصلت بين المتاع المكيل و الموزون و غيرهما،و به يجب الحكم على إطلاق الخبرين المذكورين.

و نحوها صحيحه الأخرى و غيرها،و به يتأكد ما أوردنا على قوله«و عدم الخروج عن قانون و قاعده».

و أما صحيحه محمد الحلبى و صحيحه محمد بن مسلم الواردتان فى بيع الثمار فهما ليسا من محل البحث فى شىء،حيث أن الظاهر من الاخبار من المكيل و الموزون هنا انما هو ما أمكن كيله و وزنه بالفعل،لا بالقوه،قريبه أو بعيده،و الثمره انما هى من قبيل الثانى،و مع أنهما أخص من محل البحث،و معارضتان بموثقه سماعه المتقدمه.

و بذلك يظهر ما فى قوله«و لا يخفى أن الثمره مكيل»فإنه ان أراد بالفعل فهو ليس كذلك،كما هو ظاهر لكل ناظر،و ان أراد بالقوه فهو ليس محل البحث الذى دلت عليه الاخبار.

و أما روايه أبى بصير و قوله(عليه السلام)فيها«ما يعجبنى»فهو أعم من التحريم و الكراهه،و هذا اللفظ يساوق قولهم فى مواضع«ما أحب»الذى قد وقع استعماله فى التحريم فى مواضع،و سياق الخبر الى آخره ظاهر فى ذلك.

و بذلك يظهر ما فى قوله«و هذه صريحه فى الكراهه»،و ما أدرى من أين حصلت له هذه الصراحه مع الإجمال فى اللفظ المذكور،و دلاله السياق على ما ذكرنا من التحريم،و أن سياق هذه الروايه سياق الروايات الصريحه فى التحريم بالنهى

عن ذلک،فهذا اللفظ هنا مراد به ما دلت علیه تلک الألفاظ الصریحه فی النهی.

و أما روایه ابن الحجاج الکرخی-فهی مع ضعفها و قصورها عن معارضه ما قدمناه من الاخبار-مخصوصه بما إذا اشتری الطعام بثمن مؤجل،و أراد بیعه مرابحه بثمن مؤجل،حیث أنه لا یصح نقدا لأن الأجل له قسط من الثمن،فموردها أخص من محل البحث،فلا تنهض حجه علی تمام المدعی.

و أما روایه جمیل فهی ظاهره فیما ادعی،لکنها لا تبلغ قوه المعارضه لما قدمناه من الاخبار.

و کیف کان فإنه قد ظهر بما قررناه أنه لیس فی الاخبار ما یدل علی هذا القول المشهور بینهم إلا روایه جمیل المذکوره علی ما هی علیه من الضعف،و الا فقد عرفت حال ما عداها،و بذلک یظهر ما فی قوله«و بالجمله الأدله التی أفادت العلم لا ینبغی الخروج عنها الا بدلیل قوی»فإنه مجرد دعوی خالیه من الدلیل،بعد ما عرفت من أحوال أدلته التی هی من هذا القبیل.

ثم أنه قال(قدس سره):ثم انه یمکن حمل أخبار المنع مع ما عرفت فیها من عدم التصریح بالنهی و التحریم،و إمکان التأویل للجمع المذکور علی عدم وقوع الکیل و الوزن فی الشراء الأول،و هی لیست بصریحه فی وجودها الی آخر کلامه.

أقول:انظر الی هذا الکلام المنحل الزمام،و المختل النظام،الذی هو من أضعف الأوهام،أما أولا فمن حیث إنکاره النهی عن ذلک،و قد عرفت الأخبار الصحیحه الصریحه فی النهی الذی هو حقیقه فی التحریم.

و أما ثانیا فمن حیث حمله للاخبار النهی علی عدم وقوع الکیل و الوزن فی الشراء الأول،مع أن هذا هو موضوع المسأله،و محل الخلاف الذی اختلف

فيه الأقوال و الاخبار،لان موضوع المسأله انه هل يجوز بيع المكيل و الموزون ثانيا قبل قبضه من البائع الأول أم لا؟و القبض فى المكيل و الموزون هو كيله و وزنه لأجل القبض،كما عرفت.و الروايات بعضها بلفظ عدم القبض،و بعضها بلفظ الكيل و الوزن،و المرجع إلى أمر واحد.

و روايه جميل التى اعتمدها دليلا على الجواز،صريحه فى جواز بيعه قبل قبضه،و أن يوكل المشترى الثانى فى القبض عنه،ليقبض وكاله عنه،و يقبض لنفسه،فهو وكيل فى القبض و الإقباض،و هو صريح فى جواز البيع قبل الكيل و الوزن.

و بالجمله فإن كلام هذا المحقق هنا لا يخلو عن غفله و استعجال،و عدم تأمل فيما سطره من المقال،لظهور ما فيه من الاختلال،هذا و العجب أن من قواعد أصحاب هذا الاصطلاح الدوران مدار الأخبار الصحيحه الأسانيد،و العمل بها،و طرح ما عارضها،و أنهم لا يجمعون بين الاخبار الا بعد التساوى فى الصحه،و إلا فتراهم يطرحون الضعيف من البين،و لم أقف على من وقف على هذه القاعده هنا الا قليل منهم.

قال فى المسالك بعد-أن نقل الاستدلال على الجواز بخبرى جميل و ابن الحجاج الكرخى،و على العدم بصحاح الحلبى و منصور بن حازم و معاويه بن وهب،و نقل عنهم الجمع بين الاخبار،بحمل اخبار المنع على الكراهه-ما لفظه:

و هذا الجمع انما يتم لو كانت الاخبار متكافئه فى وجوب العمل بها،لكن الأمر هنا ليس كذلك،لان اخبار المنع صحيحه متظافره،و خبر التسويغ فى طريق أولهما على بن حديد و هو ضعيف،و الأخر مجهول،فالقول بالمنع أوضح،و هو خيره العلامه فى التذكره و الإرشاد،و الشيخ فى المبسوط،بل ادعى عليه الإجماع جماعه من الأصحاب.انتهى.

و هو جيد هذا مع ما عرفت فى غير موضع مما تقدم ما فى الجمع بين الاخبار بالكراهه و الاستحباب-كما هو القاعده المطرده عندهم فى جميع الأبواب-من عدم الدليل على ذلك،من سنه و لا كتاب،بل عدم الاستقامه فى حد ذاته،كما لا يخفى

على المنصف من أولى الألباب،لأن الاستحباب و الكراهه حكمان شرعيان يتوقفان على الدليل الواضح،و مجرد اختلاف الاخبار ليس بـدليل على ذلـك.و أيضا فإن الأصل فى الأمر الوجوب،و فى النهى التحريم،كما حققه المحققون فى الأصول، و عليه دلت الآيـات و الروايات كما سـلف تحقيقه فى المقـدمات (۱)من أول كتـاب الطهـاره و حملهمـا على غير ذلـك مجازا يتوقف على القرينه و اختلاف الاخبار ليس من قرائن المجاز.

و أنـت إذا تـدبرت فى أخبـار المسأله نفيـا و إثباتـا ظهر لـك ان الحكـم بـالتحريم كـان شائعـا فى الصـدر الأـول بين أصـحاب الأـئمه(عليهـم السـلام)كمـا يشـير إليه روايه على بن أبى حمزه،و صـحيحه الحلـبى المشـتمله على شـراء الـبر،و صـحيحه منصـور الثـانيه،فإنهـا تشـعر بتوهم سـريان التحريم الى غير المكيل و الموزون،فحصل السؤال عنه و هو يشـعر بشـهره الحكم بالتحريم فى الموزون و المكيل حتى توهم إلحاق غيرهما بهما،كما لا يخفى (۲).

و بـالجمله فالظاهر عنـدى هو القول بالتحريم إلا فى صوره التوليه،كما نصت عليه الاخبار المتقـدمه،و ارتكاب التأويل فى خبرى ابن الحجاج و جميل المذكورين ان أمكن،و الا فالرد إلى قائلهما.

فوائد

الاولى لو باع على تقدير القول بالتحريم مطلقا أو فى غير التوليه

،هل يقع البيع باطلا،أو يصـح و ان أثم و صـرح بالأول ابن ابى عقيل فى عبارته المتقـدمه فى صدر المسأله،و بالثانى قطع العلامه فى المختلف.فقال:و لو قلنا بالتحريم لم يلزم بطلان البيع،و لم يتعرض الى دليل فى المقام،و كأنه مبنى على ما اشـتهر عنـدهم من أن النهى فى المعاملات لا يقتضى الفساد،انما ذلك فى العبادات،و الحق

۱- ۱) ص ج ۱ ص ۱۱۲.

۲- ۲) أقول ملخص الأقوال هنا ثلاثه،الجواز مطلقا،و المنع مطلقا،و التفصـيل بين التوليه و غيرها فيجوز فيها و يحرم فى غيرها.منه رحمه الله.

فی ذلک هو التفصیل الذی قدمنا ذکره فی کتاب الصلاه (۱)و تقدمت الإشاره إلیه أیضا قریبا من أنه ان کان النهی فی المعاملات من حیث عدم صلاحیه المعقود علیه للدخول تحت العقد،فالأظهر بطلان العقد،و ان کان بسبب أمر خارج فالأظهر الصحه،و الظاهر أن ما هنا من قبیل الأول،و هو اختیاره فی المسالک-أیضا-قال:

و یؤیده أن النهی هنا راجع الی نفس البیع،فیبطل کبیع المجهول و نحوه،و لتعلق النهی فیه بمصلحه لا تتم إلا بإبطاله.

الثانیه [هل الخلاف فی الطعام خاصه أو المکیل و الموزون مطلقا]

-أکثر الأصحاب جعلوا محل الخلاف هو الطعام،و الظاهر من الاخبار المقدمه بالنظر الی حمل مطلقها علی مقیدها و عامها علی خاصها هو المکیل و الموزون مطلقا،و سیاق جمله من الاخبار المتقدمه ظاهر فی ذلک أوضح الظهور،و ذکر الطعام فی بعض انما خرج مخرج التمثیل،لأنه أشهر أفراد المکیل و الموزون، و أکثرها دورانا فی المعاملات.

ثم انه علی تقدیر الاختصاص بالطعام فهل المراد به کلما أعد للأکل-کما هو موضوعه لغه-أو یختص بالحنطه و الشعیر لانه معناه شرعا؟کما نبهوا علیه فی موارد،منها حل طعام أهل الکتاب-قولان:و بالثانی صرح فخر المحققین فی بعض فوائده علی ما نقلوه عنه،و فی دعوی اختصاص طعام أهل الکتاب بالحنطه و الشعیر نظر،إذ الظاهر من الاخبار الشمول لجمیع الأفراد الموزونه من الحبوب مثل العدس و الذره و نحو ذلک.

الثالثه:لو ملک ما یرید بیعه بغیر بیع

جاز و ان لم یقبضه،کالمیراث و الصداق للمرأه و الخلع و نحوها.

قال فی المسالک:المنع علی القول به مشروط بأمرین-انتقاله بالبیع،و نقله به،فلو انتقل بغیره أو نقله بغیره لم یحرم،أما الأول فلا نعلم فیه خلافا،و اما

۱- ۱) ج ۷ ص ۱۰۵.

الثانى فهو المشهور،غير أن الشيخ ألحق به الإجاره،محتجا بأنه ضرب من البيوع،و هو ممنوع،و كذلك منع من الكتابه،بناء على أنها بيع العبد من نفسه،و هو مع تسليمه لا- يستلزم المنع،لان العبد ليس مما يكال أو يوزن،و غايه المنع عندنا ان يكون المبيع مقدرا بهما.انتهى.

ثم انه على تقدير الجواز فى الميراث و نحوه مما تقدم،قد استثنى بعضهم من ذلك صورا منها-ما إذا اشترى الميت قبل الموت مكيلا أو موزونا و لم يقبضه،فإنه لا يجوز للوارث بيعه قبل قبضه،و رد بأن انتقاله الى الوارث بالإرث واسطه بين البيعين.

و منها فى الصداق إذا اشترى المصدق الصداق مثلا- و لم يقبضه،و أصدقه المرأه قبل القبض،و أرادت المرأه بيعه و الحال كذلك،و أجيب عنه بما أجيب عن سابقه،فان إصداقه للمرأه واسطه بين البيعين،و هكذا القول فى عوض الخلع إذا اشترته المرأه و لم تقبضه،ثم جعلته عوضا للخلع،و أراد الزوج بيعه و الحال كذلك،فان جعله عوضا للخلع واسطه بين البيعين أيضا،فالاستثناء غير واضح لثبوت الواسطه فى الجميع.

الحادى عشر [لو كان له على غيره طعام من سلم،و عليه مثل-ذلك]

-المشهور أنه لو كان له على غيره طعام من سلم،و عليه مثل ذلك،فأمر غريمه ان يكتال لنفسه من الأخر،فإن قلنا بتحريم بيع ما لم يقبض حرم هنا أيضا،و ان قلنا:بالكراهه اكره هنا أيضا،ذكر ذلك الشيخ فى الخلاف و المبسوط،و تبعه الجماعه لأن المحتال قبض المحال عوضا عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه،فيكون من قبيل بيع ما لم يقبض،و قيل:بأن هذا ليس من تلك المسأله فى شيء،لما عرفت من أن المنع من بيع ما لم يقبض تحريما أو كراهه مشروط بشرطين،انتقاله بالبيع،و نقله به،و ما ذكر فى هذا الفرض و ان كان تبعا من حيث أن السلم فرد من أفراده،الا ان الواقع من أسلم إما حواله لغريمه فى القبض،أو وكاله له فيه،و كل منهما ليس ببيع،و دعوى أن الحواله ملحقه بالبيع فى حيز المنع.

ص :١٨٠

أقول:و يؤيد هذا القول ما رواه

المشايخ الثلاثه(عطر الله مراقدهم)فی الصحیح فی بعض و الموثق فی أخری عن عبد الرحمن بن أبی عبد الله (۱)قال:

« سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن رجل علیه کر من طعام فاشتری کرا من رجل آخر،فقال:للرجل انطلق فاستوف کرک فقال:لا بأس به». و هو ظاهر فی المراد عار عن و صمه الإیراد.

و به یظهر قوه القول المذکور،مضافا الی ما تقدم من ان الواقع هنا انما هو حواله لا بیع.

و أجاب الشهید فی بعض تحقیقاته عن ذلک بأن مورد السلم لما کان ماهیه کلیه ثابته فی الذمه منطبقه علی افراد لا نهایه لها،فأی فرد عینه المسلم الیه، تشخص بذلک الفرد،و انصب العقد علیه،فکأنه لما قال للغریم:اکتل من غریمی فلان قد جعل عقد السلم معه،واردا علی ما فی ذمه غریمه المستسلف منه،و لما یقبضه بعد،و لا ریب أنه مملوک له بالبیع،فإذا جعل مورد السلم الذی هو بیع یکون بیعا للطعام قبل قبضه،فیتحقق الشرطان،و یلتحق بالباب،قال:و هذا من لطائف الفقه.

قال فی المسالک بعد نقل ذلک-:و هذا التحقیق غایه ما یقال هنا فی توجیه کلام الشیخ و من تبعه،الا انه مع ذلک لا یخلو من نظر،لان مورد السلم و نظائره من الحقوق الثابته فی الذمه لما کان أمرا کلیا،کان المبیع المتحقق به هو الأمر الکلی،و ما یتعین لذلک من الأعیان الشخصیه بالحواله و غیرها لیس هو نفس المبیع، و ان کان الأمر الکلی انما یتحقق فی ضمن الأفراد الخاصه فإنها لیست عینه،و من ثم لو ظهر المدفوع مستحقا أو معیبا رجع الحق إلی الذمه،و المبیع المعین لیس کذلک، و نظیر ذلک ما حققه الأصولیون من أن الأمر بالکلی لیس أمرا بشیء من جزئیاته الخاصه و ان کان لا یتحقق الا بها.

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۷۹ التهذیب ج ۷ ص ۳۷ الفقیه ج ۳ ص ۱۲۹.

و حینئذ فانصباب العقد علی ما قبض،و کونه حینئذ بیعا غیر واضح، فالقول بالتحریم عند القائل به فی غیره غیر متوجه،نعم لا بأس حینئذ بالکراهه خروجا من خلاف الشیخ و الجماعه و تحرزا عما هو مظنه التحریم انتهی و هو جید.

الثانی عشر-لو کان له علی غیره طعام من سلم،فدفع الیه مالا و قال اشتر به طعاما

،فان قال:اقبضه لی ثم اقبضه لنفسک،بمعنی أنه و کله فی القبض و الإقباض قالوا:صح الشراء خاصه،دون القبض و الإقباض،لأنه لا یجوز أن یتولی طرفی العقد،ذکره الشیخ و تبعه جمله ممن تأخر عنه و تردد فی الشرائع.

قال الشیخ:لانه لا یجوز أن یکون وکیلا لغیره فی قبض حق نفسه من نفسه، و جمله من المتأخرین قد صرحوا بالجواز،لأن الأصل ذلک،و لانه و کله فی الإقباض،و المغایره الاعتباریه فی القابض و المقبوض منه کافیه،و مثله تولی طرفی العقد.

أقول:و قد تقدم الکلام فی مسأله تولی الواحد طرفی العقد فی الموضع الخامس من المسأله الخامسه من المقام الأول من الفصل الأول فی البیع (۱)قالوا:

و لو قال:اشتر لک لم یصح الشراء،و لا یتعین له بالقبض،و علل بأن مال الغیر یمتنع شراء شیء به لنفسه ما دام علی ملک الغیر،و هذا هو الفارق بین هذه و سابقها،حیث حکم بصحه الشراء ثمه،و نقل عن الشیخ فی الخلاف جواز ذلک هنا،و جعله قبضا للطعام بجنس الدراهم أو قبضا للدراهم،و رد بعدم وجود دلیل یدل علی ما ادعاه.نعم لو علم من الدافع إراده أحد الأمرین و قبل القابض صح ذلک.

أقول:و الذی وقفت علیه فی هذا المقام روایات،منها-ما رواه

المشایخ الثلاثه فی الصحیح عن الحلبی (۲)عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«سألته عن رجل

۱- ۱) ج ۱۸ ص ۴۱۶.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۸۵ التهذیب ج ۷ ص ۲۹ الفقیه ج ۳ ص ۱۶۴.

أسلفته دراهم فی طعام فلما حل طعامی علیه بعث الی بدراهم فقال:اشتر لنفسک طعاما و استوف حقک؟قال:أری أن یولی ذلک غیرک،و تقوم معه حتی تقبض الذی لک،و لا تتولی أنت شراءه». و ما رواه

فی الکافی و التهذیب فی الموثق عن عبد الرحمن بن أبی عبد الله (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن رجل أسلف دراهم فی طعام فحل الذی له فأرسل إلیه بدراهم فقال:اشتر طعاما و استوف حقک هل تری به بأسا؟قال:یکون معه غیره یوفیه ذلک».

و ما رواه

فی التهذیب فی الصحیح عن یعقوب بن شعیب (۲)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن الرجل یکون له علی الآخر أحمال رطب أو تمر،فیبعث الیه بدنانیر فیقول:اشتر بهذه و استوف منه الذی لک؟قال:لا بأس إذا ائتمنه».

أقول:الظاهر من هذه الاخبار بعد ضم بعضها الی بعض هو أن النهی عن الشراء فی الخبرین الأولین انما هو لخوف التهمه،کما أفصح به الخبر الثالث، و حینئذ فیجوز له الشراء متی أمن التهمه،و علی ذلک تکون الاخبار ظاهره فی جواز الشراء و القبض و الإقباض،و به یظهر عدم الالتفات الی ما ذکره من التوجیهات الرکیکه،و الأمر فی ذلک-فی الاخبار سیما فی باب البیوع و الطهارات و النجاسات و نحوها-أوسع من ذلک،کما لا یخفی علی من مارسها و تأملها،

و من الظاهر أن قوله:اشتر لنفسک طعاما کما فی الخبر الأول،مثل قولهم «اشتر لک»الذی حکموا فیه بعدم صحه الشراء،«و استوف حقک»فی جمیع هذه الاخبار کنایه عن الإقباض،فهو و کیل من جهه صاحب الدراهم فی الاشتراء، و القبض و الإقباض،و قوله«اشتر لک،أو اشتر لنفسک»انما هو عباره عن توکیله فی الشراء بتلک الدراهم،فلا معنی لقولهم انه یمتنع شراء شیء به لنفسه ما دام

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۸۶ التهذیب ج ۷ ص ۳۰.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۴۲ فی ذیل حدیث مع اختلاف یسیر.

على ملك الغير،و بالجمله فإن الأمر فى هذا الباب أوسع مما ذكروه.

و المحدث الكاشانى فى الوافى قد حمل النهى فى الخبرين الأولين على غير البصير بالمسأله الفقهيه فى هذا المجال،فان دفع الدراهم فى هذه الصوره أعنى وقت حلول مال السلم و عدم وجوده عند المسلم اليه قد يكون لفسخ البيع،لعدم وجوده، فلا يستحق أزيد من رأس ماله،و قد يكون لتوكيل صاحب الطلب فى شرائه و قبضه و إقباضه،فيصح مع الزياده،و ما ذكره(قدس سره)جيد فى غير هذين الخبرين من أخبار الباب الذى عقده لذلك.

و الوجه فى المنع فى هذه الاخبار التى ذكرناها انما هو ما قدمناه من خوف التهمه،كما صرح به فى الخبر الثالث،و يؤيده أن هذين الخبرين لم يتعرض فيهما لجواز الزياده و عدمها،و قد حققنا ذلك فى حواشينا على الكتاب المذكور و الله العالم.

الثالث عشر [إذا قبض المشترى المبيع ثم ادعى نقصانه]

-قالوا إذا قبض المشترى المبيع ثم ادعى نقصانه،فان لم يكن حضر كيله و لا-وزنه،فالقول قوله،و ان كان حضر فالقول قول البائع،قيل:

و انما كان القول قول البائع فى الثانيه مع أن الأصل عدم وصول حق المشترى إليه فى الصورتين،عملا بالظاهر،من أن صاحب الحق إذا حضر لاستيفاء حقه يحتاط لنفسه،و يعتبره مقدار حقه،فيكون هذا الظاهر مرجحا لقول البائع و مقويا لجانبه،و معارضا للأصل،فيقدم قوله يمينه،و هذه مما رجح فيها الظاهر على الأصل و هو قليل.انتهى.

أقول:الظاهر من العباره الأولى التى قدمنا نقلها عنهم أن حضور الكيل و الوزن فى هذا المقام أعم من أن يكون الكيل و الوزن لذلك المشترى،أو للبائع فإنه قد تقدم فى جمله من الاخبار و به صرحوا ايضا أنه يجوز الشراء بالكيل و الوزن الذى أخذ به البائع إذا حضر المشترى الثانى ذلك،و التعليل الذى ذكره هذا

القائل انما يتم على تقدير الصوره الأولى،دون الثانيه،فإن المشترى الثانى حال الكيل و الوزن للبائع الذى هو المشترى الأول لا يصدق عليه انه حضر لاستيفاء حقه، و أنه يحتاط لنفسه،بل الحق فى تلك الحال انما هو حضر لغيره و ان كان هو من جمله الحاضرين،و أنه بعد ذلك الكيل و الوزن قد أخذه به و اعتمد عليه.

و بالجمله فإن التعليل المذكور لا يتم فى إحدى الصورتين المذكورتين، و تخصيص العباره الأولى بهذه الصوره يحتاج الى ما يدل عليه،و ظاهرها انما هو العموم كما قدمناه،و به لا يتم الدليل المذكور كليا،ثم انه على تقدير التخصيص بهذه الصوره فإن التعليل المذكور لا يخلو أيضا من شيء،فإنه بمقتضى ما ذكره أنه قد تعارض الأصل و الظاهر و،ان الأصل مرجح لجانب المشترى،و الظاهر مرجح لجانب البائع،و مقتضى تعارضهما تساقطهما،و التوقف فى ذلك إلا مع وجود المرجح لأحدهما،و هو لم يذكر هنا مرجحا للظاهر يوجب تقديمه على الأصل،اللهم الا أن يراد أن الظاهر رافع لحكم الأصل،كالخبر الدال على خلاف مقتضى الأصل، فإنه يجب الخروج به عن مقتضى الأصل،و المراد بالتعارض هنا انما هو ذلك، و الظاهر أنه هو المراد فى أمثال هذا المقام.

و فيه مع ذلك جوار الغفله و السهو من ذلك المشترى،أو الاعتماد على كيل البائع و وزنه،فلا يمكن الخروج به عن الأصل المذكور،و بالجمله المسأله- لخلوها من النص-لا يخلو من التوقف و الاشكال و الله العالم.

الرابع عشر-لو كان فى ذمته طعام،و أراده منه أو قيمته فى بلد أخرى

اشاره

غير البلد التى استقر الطعام فيها بذمته فهو لا يخلو عن ثلاثه شقوق،

الأول-أن يكون الطعام سلفا

قالوا:إذا أسلفه فى طعام بالعراق مثلا،ثم طالبه بالشام لم يجب عليه دفعه،لان مال السلم يتعين دفعه عند الإطلاق فى بلده،و فى موضع التعيين ان عين الموضع،فدفعه فى غير بلد يتعين دفعه فيه غير واجب،سواء كانت قيمته وقت المطالبه مخالفه لقيمته فى بلد التسليم أم مساويه،قالوا:و هذا لا شبهه فيه.

أقول لم أقف على دليل يدل على ما ادعوه هنا من أنه مع الإطلاق يتعين

ص:١٨٥

التسليم فی بلده،فان وجد الدليل تم ما رتبوه علی ذلک،و الا فلا،فليتأمل.

قالوا و لو طالبه فی ذلک البلد الأخر بالقيمه و رضی المسلم اليه بالدفع،قيل لم يجز،لانه بيع الطعام علی من هو عليه قبل قبضه،بناء علی القول بالتحريم فی تلک المسأله،أو يكره بناء علی القول بالكراهه ثمه.

و قيل:و الظاهر أنه المشهور بين المتأخرين بالجواز من غير تحريم و لا كراهه لأن ذلک ليس بيعا،و انما هو استيفاء للحق،غايته أنه بغير جنسه،و مثل هذا لا يسمی بيعا،فلا يحرم.

و ربما قيل:بكراهته،خروجا من خلاف الشيخ القائل بالتحريم و تخلصا من عرضه التحريم.هذا كله إذا رضی المسلم اليه بالدفع.

أما لو لم يرض فهل يجبر علی ذلک؟بناء علی الجواز فی الأول،المشهور العدم،لان الواجب فی ذمته هو الطعام لا القيمه و ما فی ذمته لا يجب دفعه فی البلد المذكور،فأولی أن لا يجب عليه دفع ما لم تجر عليه المعاوضه،و لم يقتضيه عقد السلم.

و ذهب بعض الأصحاب و منهم العلامه فی التذكره إلی وجوب دفع القيمه حينئذ،مستندا الی أن الطعام الذی يلزمه دفعه معدوم،فكان كما لو عدم الطعام فی بلد يلزمه التسليم فيه و رد بأن فيه منعا ظاهرا،إذ ليس ثمه طعام يلزم دفعه حتی ينتقل إلی القيمه.

أقول:و مما يدل علی ما هو المشهور-من جواز أخذه الثمن متی وقع الرضا من الطرفين بذلک-ما رواه

فی الكافی و التهذيب عن أبان (۱)عن بعض أصحابنا عن أبی عبد الله(عليه السلام)

فی الرجل يسلف الدراهم فی الطعام إلی أجل،فيحل

۱- ۱) الكافی ج ۵ ص ۱۸۵ التهذيب ج ۷ ص ۳۰.

الطعام،فیقول:لیس عندی طعام،و لکن انظر ما قیمته فخذ منی ثمنه قال:لا بأس بذلک».

و عن ابن فضال (۱)قال:

کتبت الی أبی الحسن(علیه السلام):الرجل یسلفنی فی الطعام،فیجیء الوقت و لیس عندی طعام أعطیه بقیمته دراهم؟قال:نعم».

و ما رواه

فی الکافی و الفقیه فی الصحیح عن العیص بن القاسم (۲)عن أبی عبد الله(علیه السلام)،قال:سألته عن رجل أسلف رجلا دراهم بحنطه،حتی إذا حضر الأجل لم یکن عنده طعام،و وجد عنده دوابا و رقیقا و متاعا،أ یحل أن یأخذ من عروضه تلک بطعامه؟ قال:

«نعم،یسمی کذا و کذا بکذا و کذا صاعا».

و بذلک یظهر لک ضعف ما ذهب الیه الشیخ و أتباعه من عدم جواز أخذ القیمه للعله التی ذکرها،و الظاهر أن الوجه فی الجواز هو ما ذکروه،من أن ذلک استیفاء لحقه،لا بیع لیلزم ما ذکر،و لا ینافی ذلک قوله فی الروایه الثالثه«یسمی کذا و کذا بکذا و کذا صاعا»فان المراد منه أنه حیث کانت القیمه عروضا لا دراهم فلا بد من تشخیصها فی مقابله الطلب الذی له،لیحصل بذلک استیفاء حقه.

و أما ما ذکروه-من عدم جبره لو طلب صاحب السلم القیمه،لأن الواجب فی ذمته هو الطعام لا القیمه-فهو جید ان تم ما ذکروه من عدم وجوب التسلیم مع الإطلاق إلا فی بلد السلم،إلا أنک قد عرفت أنا لم نقف له علی دلیل.

و مما یؤید مذهب العلامه فی التذکره هنا-لزوم الضرر بصاحب الحق،فإن توقف إیصال حقه علی الوصول الی بلد السلم-مع أنه ربما لا یتیسر له الرجوع إلیها أو یتعذر علیه ذلک-موجب لما ذکرناه،فإذا لم یجب علی من علیه السلم دفع مال السلم-لتوقفه علی الوصول الی تلک البلد التی وقع السلم فیها،و لم یجب علیه دفع قیمته،و الحال أن رجوع صاحب الطلب الی تلک البلد غیر ممکن-فاللازم

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۸۷ التهذیب ج ۷ ص ۳۰.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۸۶ التهذیب ج ۷ ص ۳۱ الفقیه ص ۱۶۵.

فوات حقه،و هو عين الضرر.

اللهم الا أن يقال بالجوار فى هذه الصوره من حيث دفع الضرر،و أن هذه خارجه عن محل البحث،و الخلاف انما هو فيما إذا لم يكن كذلك،فيتم ما ذكروه على ما عرفت فيه.

الثانی-لو كان الطعام قرضا

قالوا:جاز أخذ العوض إذا تراضيا على ذلك لانتفاء المانع المذكور فى الصوره الاولى،و هو بيع الطعام المنتقل بالبيع قبل قبضه،و انما الإشكال فى وجوب دفع العوض فى غير بلد القرض،لأن إطلاق القرض منزل على قبضه فى بلده،فليس للمقرض المطالبه فى غيره،كما أنه لو بذل له المقترض لم يجب عليه قبضه أيضا،لما فى نقله الى ما عينه الشارع موضعا للقبض من المؤنه،و إذا لم يجب دفع عين الحق فكذا قيمته،لعدم وقوع المعاوضه عليها و اختار العلامه فى المختلف وجوب دفع المثل وقت المطالبه،فإن تعذر فالقيمه ببلد القرض.

أقول:لم أقف بعد التتبع و الفحص على دليل لما ذكروه هنا ايضا،من أن إطلاق القرص منزل على قبضه فى بلده،و أنه لأجل ذلك ليس للمقرض المطالبه فى غيره،و لا يجب عليه القبض ايضا لو بذله المقترض له فى غيره،بل ربما دل ظاهر بعض الاخبار على خلاف ذلك.

مثل ما رواه

الشيخ فى الموثق عن سماعه (۱)عن ابى عبد الله(عليه السلام) قال:

«سالته عن رجل لى عليه مال،فغاب عنى زمانا،فرأيته يطوف حول الكعبه فأتقاضاه قال:(عليه السلام):لا تسلم عليه و لا تروعه حتى يخرج من الحرم». فان ترك الاستفصال يفيد عموم المقال كما ذكروه فى غير مقام.

۱- ۱) الوسائل الباب ۲۶ من أبواب الدين الرقم-۱.

و یشیر الی ما ذکرناه من المناقشه فی الموضعین المذکورین کلام المحقق الأردبیلی قال بعد ذکر نحو ما ذکروه من الأحکام المترتبه علی ذینک الحکمین:

ما لفظه کل ذلک ظاهر مما تقدم إذا قیل بتعیین موضع السلف و القرض للطلب فیه و هو محل التأمل.

ثم قال:و یمکن الرجوع الی القرائن،و مع عدمها الی العرف الغالب بین الناس کما سلف فی تعیین زمان السلف و مکانه انتهی.

و بالجمله فالظاهر بناء علی ما ذکرناه هنا هو قریب ما ذکره فی المختلف،الا ان الظاهر ان تخصیصه القیمه ببلد القرض مبنی علی ما نقلناه عنهم و قد عرفت ما فیه.

الثالث أن یکون غصبا

فقیل:انه لا یجب دفع المثل،و یجوز دفع القیمه بسعر البلد التی استقر الطعام فی الذمه فیها،و نسب القول المذکور للشیخ مساویا بینه و بین القرض فی الحکم.

و قیل:و هو الأشهر بجواز مطالبه الغاصب بالمثل حیث کان،و بالقیمه الحاضره عند الإعواز،و علل بأنه حق تثبت علیه بعدوانه،فیعم کل مکان،و هو مؤاخذا بأسوء الأحوال.

و وجه وجوب القیمه عند الإعواز انه وقت الانتقال إلی القیمه فی المثلی و استقرب فی المختلف قول الشیخ فی القیمه،و هی قیمه بلد القرض،لانه غصبه هناک،فإذا تعذر المثل وجب علیه قیمته فیه.

و نقل ما علیه الأکثر عن والده و احتمل بعضهم أعلی القیم من حین الغصب الی حین الدفع،و الظاهر هو القول المشهور فی کل من الأمرین المذکورین و الله العالم.

الخامس عشر [لو اشتری عینا بعین،و قبض احدی العینین]

-قالوا:لو اشتری عینا بعین،و قبض احدی العینین و بقیت الأخری عند بائعها،ثم باع القابض ما قبضه،ثم تلفت العین الأخری عند بائعها بطل

البيع الأول،و لا سبيل إلى إعاده ما بيع ثانيا،لان تلك العين كانت ملكا خالصا للبائع،و انما طرء البطلان على العقد بعد انتقال العين،فلا يؤثر فيما سبق من التصرفات،و على هذا فيلزم على البائع الثانى دفع المثل ان كانت العين مثليه، و القيمه ان كانت قيميه،كما لو تلفت العين.

بقى الكلام فى القيمه هل هى قيمته يوم البيع،أو يوم تلف العين الأخرى يحتمل الأول لأنه وقت تعذر المثل،و الثانى لأن القيمه لم تكن لازمه للبائع، و انما لزمت بتلف العين الأخرى الموجب لبطلان البيع،و استجوده فى المسالك.

قيل:و يستفاد من ذلك أن تلف المبيع قبل قبضه انما يبطل المبيع من حينه، لا من أصله،و الا لاسترد العين،و تظهر الفائده فى ذلك و فى النماء.

أقول لم أقف فى هذه المسأله على نص بالخصوص،و بذلك يظهر ما فى الفائده المذكوره،فإنه لو كان الحكم المذكور منصوصا لصحت هذه الفائده و أما إذا كان ذلك!نما هو بمجرد فتواهم و كلامهم فإنه لا ثمره لهذه الاستفاده و الله العالم.

المطلب الرابع فى اختلاف المتبايعين

اشاره

و فيه مسائل

الأولى [اختلاف المتبايعين فى نوع النقد]

-إذا عين المتبايعان نقدا مخصوصا تعين،و ان أطلقا فإن كان نقد البلد متحدا انصرف الإطلاق اليه،و ان كان متعددا انصرف الى ما هو الغالب،لما عرفت فى غير موضع مما تقدم من أن الإطلاق انما ينصرف الى الافراد الغالبه المتكرره،و لو كثرت النقود فيها و لا غلبه فى شىء منها بطل،لان تعدد النقود فى البلد بمنزله اللفظ المشترك،و لا يحمل على أحد معانيه الا مع القرينه،و مع الغلبه فالقرينه ظاهره،و مع التساوى فاللازم بطلان البيع،لمجهوليه الثمن أو المبيع.

بقی الإشکال فی ان الغلبه قد تکون فی الاستعمال،و قد تکون فی الإطلاق، بمعنی أن الاسم یغلب علی أحدها،و ان کان غیره أکثر استعمالا کما یتفق ذلک فی بعض النقود،فان اتفقت الغلبه فیهما،فلا إشکال فی الحمل علی الأغلب و ان اختلفت بأن کان أحدهما أغلب استعمالا و الأخر أغلب وصفا،ففی ترجیح أحدهما- أو کونهما بمنزله المتساوی نظرا الی تعارض المرجحین- اشکال،و هکذا الکلام فی الکیل و الوزن.

الثانیه-إذا اختلفا فی قدر الثمن

اشاره

فادعی البائع أکثر،و ادعی المشتری أقل فالمشهور بین الأصحاب-بل ادعی علیه الشیخ الإجماع-أن القول قول البائع بیمینه ان کانت السلعه قائمه،و قول المشتری مع یمینه ان کانت تالفه.

و یدل علی ذلک ما رواه المشایخ الثلاثه مسندا فی روایتی

الکلینی و الشیخ عن أحمد بن محمد بن أبی نصر (۱)عن رجل عن أبی عبد الله(علیه السلام)و مرسلا فی الفقیه (۲)عن أبی عبد الله(علیه السلام)

«فی الرجل یبیع الشیء فیقول المشتری:

هو بکذا و کذا بأقل مما قاله البائع،قال:القول قول البائع مع یمینه إذا کان الشیء قائما بعینه» (۳). و التقریب فیها أنها تدل بمنطوقها علی تقدیم قول البائع مع قیام عین المبیع،و بمفهومها علی تقدیم قول المشتری مع تلف العین،و لا یضر إرسال الخبر المذکور،لروایه المشایخ الثلاثه له،و لما ذکروه من استثناء مراسیل أحمد بن محمد بن أبی نصر،لانه ممن أجمعت العصابه علی تصحیح ما یصح عنه، و لعمل جل الأصحاب بها لا سیما المحدثین الثلاثه،و غیرهم من المتقدمین و جل المتأخرین قال فی الوافی-بعد ذکر الخبر المذکور:-و الوجه فیه أن مع بقاء

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۷۴ التهذیب ج ۷ ص ۲۶.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۱۷۱.

۳- ۳) یعنی قیام السلعه و تلفها-منه رحمه الله.

العين يرجع الدعوى الى رضا البائع،و هو منكر لرضاه بالأقل،و مع تلفه يرجع الى شغل ذمه المشترى بالثمن،و هو منكر للزياده (۱).

أقول هذا الوجه الذى ذكره هنا قد احتج به بعض القائلين بالقول المشهور و قد تنظر فيه شيخنا الشهيد الثانى فى المسالک قال:لاتفاقهما على انتقال العين إلى المشترى و ملكه لها،و انما الخلاف بينهما فيما يستحق فى ذمه المشترى،فلا وجه لتقديم قول البائع،بل المشترى هو المنكر فى الموضعين،ثم قال:فالمعتبر حينئذ هو النص.انتهى و هو جيد متين.

و ما ذكره(قدس سره)هنا قد احتمله العلامه فى القواعد قولا فى المسأله، و نقله فى التذكره قولا عن بعض العامه،و قوله و ظاهر المحقق الأردبيلى تقويه القول المذكور،قال:و هو الظاهر الموافق للقوانين،و كذا يظهر من المسالک أنه أقوى الأقوال،و هو كذلک،فإنه الا وفق بالقواعد الشرعيه،الا أنه لا معدل عن النص المذكور،لما قدمنا ذكره،و يمكن تأييد الخبر المذكور بما رواه

فى الكافى:

و التهذيب.عن الحسين بن عمر بن يزيد عن أبيه (۲)عن أبى عبد الله(عليه السلام) قال:

« قال رسول الله(صلى الله عليه و آله)إذ التاجر ان صدقا بورک لهما و إذا كذبا و خانا لم يبارک لهما و هما بالخيار ما لم يفترقا فان اختلفا فالقول قول رب السلعه أو يتتاركا».

ص: ۱۹۲

۱- ۱) أقول مرجع هذا الوجه الذى ذكره الى أن المبيع متى كان باقيا فالأصل عدم انتقاله من ملک البائع إلا برضاه،و هو لا يرضى الا بما يدعيه، و فيه ما عرفت فى الأصل من الاتفاق على انتقال المبيع إلى المشترى، و رجوع الاختلاف الى الثمن لزياده و نقيصه،و الأصل عدم الزياده بعد الاعتراف بالبيع،فدعوى المشترى مطابق لهذا الأصل،فالقول قوله حينئذ بيمينه،هذا هو مقتضى الأصول و القواعد كما ذكرناه فى الأصل. منه رحمه الله.
۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۱۷۴ التهذيب ج ۷ ص ۲۶.

و التقريب فيه ان الظاهر أن الاختلاف بينهما مع وجود السلعه كما يشير اليه قوله أو يتتاركا،و قد جعل القول فيه قول البائع،و محل الاختلاف و ان كان مطلقا الا أن ما نحن فيه داخل تحت الإطلاق،و سيجيء-إنشاء الله تعالى-أن القول قول البائع فى سائر الاختلافات الاتيه.

و فى المسأله أقوال أخر أيضا،منها-أن القول قول من هى فى يده،الا أن يحدث المشترى فيها حدثا،فيكون القول قوله مطلقا،و هو مذهب ابن الجنيد و نفى عنه البأس فى التذكره،و وجه هذا القول بالنسبه إلى الأقل أن من كان المبيع فى يده يحكم له بالملك،و يصير غير ذى اليد مدعيا،و بتقريب آخر أن من ليس فى يده يدعى انتزاعه بما يقربه من الثمن،و ذو اليد ينكر ذلك،فيكون القول قوله،ترجيحا لليد،فان الخارج هو المدعى.

و أما بالنسبه إلى حدث المشترى فإنه دليل اليد،فيكون القول قوله مطلقا، و فيه ما عرفت آنفا من أن مرجع الاختلاف و النزاع انما هو فى الثمن،لا فى أصل المبيع،للاتفاق على انتقاله بالبيع.

و منها أنهما يتحالفان مطلقا،لان كلا منهما مدع و منكر،و ذلك لان العقد الذى تضمن الأقل و تشخص به ينكره البائع،و العقد الذى تضمن الثمن الأكثر و تشخص به ينكره المشترى،فيكون هذا النزاع فى قوه ادعاء كل منهما عقدا ينكره الأخر،فيتحالفان و يبطل البيع،و هذا القول احتمله العلامه فى كثير من كتبه، و صححه ولده فى الإيضاح،و نسبه فى الدروس الى الندور مع أنه اختاره فى قواعده،-و أورد عليه بمنع المغايره الموجبه لما ذكر لاتفاقهما على عقد واحد، و على انتقال المبيع إلى المشترى به،و ثبوت الثمن الأقل فى ذمه المشترى،و انما يختلفان فى الزائد فأحدهما يدعيه،و الأخر ينكره،فلا وجه للتحالف.

و منها-أن القول قول المشترى مع قيام السلعه أو تلفها فى يده أو فى

يـد البائع بعـد الإقباض،و الثمن معين،و الأقل لا يغاير أجزاء الأكثر،و لو كان مغايرا تحالفا،و فسـخ العقـد،و احتـج على الأول بأن المشترى منكر،و على الثانى بأن التحالف فى عين الثمن،و كل منهما ينكر ما يـدعيه الأخر،فيتحالفان،ذهب الى هذا القول العلامه فى المختلـف و هـو يرجع الى تقـديم قـول المشـترى مطلقـا،حيث يكـون الاختلاـف فى كميه الثمن،و قـد عرفت قـوته بحسـب القواعد،الا أن النص على خلافه (١).

تنبيهات

الأول [عدم جريان الخلاف لو تنازعا بعد تلفه فى-يد البائع]

-قال فى المسالك بعد الكلام فى المسأله:هذا البحث كله إذا وقع

ص: ١٩٤

١- ١) قال فى المختلف:و المعتمـد أن نقول:ان السـلعه اما أن تكون باقيه أو تالفه،فإن كانت تالفه فاما أن تكون قد تلفت فى يد البـائع قبـل الإقبـاض، أو فى يـد المشترى أو فى يـد البائع بعـد الإقباض فإن تلفت فى يـد البائع قبل الإقباض بطل البيع،و لا معنى للتحـالف و ان تلفت فى يـد المشترى أو فى يـد البـائع بعـد الإقبـاض،أو كـانت قـائمه فلاـ يخلو امـا أن يكون الثمن معينـا أو فى الـذمه،فـإن كان معينا فاما أن يكون الأقل مغايرا لأجزاء الأكثر أولا،فإن كان مغايرا تحالفا و فسـخ البيع،و ان لم يكن فالقول قول المشترى،و يحتمـل التخـالف، لنـا انه على تقـدير المخـالفه يكون التخـالف فى عين الثمن كما تخالفا فى قـدره،و لا ريب أنه مع التخالف فى عين الثمن يتحالفان فكـذا هنا،و أما على باقى التقادير فلان البائع يدعى الزياده فى الثمن،و المشترى ينكرها، فالقول قـوله مع اليميـن،كمـا لـو تلفـت السـلعه أو كـانت فى يـد المشـترى، و امـا احتمـال التحـالف على هـذه التقـادير غير تقـدير المخالفه،فلأنهما متـداعيان كل منهما مدع،فإن البائع يدعى العقد بعشـرين،و المشترى يدعى العقد -بعشـره،و العقد بعشـرين غير العقد بعشـره.انتهى و جوابه علم مما فى الأصل،أما بالنسـبه إلى التحالف فلما عرفت فى جواب القول بالتحالف، و أما بالنسبه الى ان القول قول المشترى بيمينه فلمـا عرفت من-انه و ان كان قويا فى حـد ذاته الا-أن النص دل على خلافه.و الله العالم(منه رحمه الله).

النزاع بعد قبض المشتری،أو قبله مع بقاء عین المبیع،أما لو وقع بعد تلفه فی ید البائع،فإن العقد ینفسخ،و لا یظهر للنزاع أثر ان لم یکن البائع قد قبض الثمن، و لو کان قبضه کان کالدین فی ذمته أو الأمانه عنده،فیقدم قوله فی قدره،و مثله ما لو اختلفا فی قدر الثمن بعد قبض البائع له و الإقاله أو الفسخ بأحد وجوهه.

أقول:ینبغی تقیید انفساخ العقد بتلفه فی ید البائع بما لو لم یحصل إقباض بالکلیه،و الا فلو تلف فی یده بعد حصول الإقباض و العود الیه ثانیا،فان الحکم فیه کما فی صوره الإقباض.

الثانی [عدم جریان الخلاف لو کان الثمن معینا]

موضع الخلاف-کما أشار إلیه العلامه فی المختلف و صرح به شیخنا الشهید الثانی فی المسالک-ما لو کان الثمن فی الذمه،لیمکن جریان الأقوال فیه،فلو کان معینا کما لو قال البائع:بعتک بهذا العبد أو بهذا الدینار فقال المشتری:

بل بهذه الأمه أو الدراهم،فإنه یتعین التحالف قطعا،لان کلا منهما مدع و منکر، و هو ضابط التحالف،و هذا لا یطلق علیه الاختلاف فی القدر،کما هو محل البحث.

نعم قد یتفق مع التعیین الاختلاف فی القدر أیضا،و به یندرج تحت البحث حینئذ،کما لو قال:بعتک بهذین الدینارین أو الدرهمین،فقال:بل بأحدهما معینا، فان الحکم فیه کالذمه،و الأقوال المتقدمه تجری فیه.

الثالث [حکم ما لو کانت العین باقیه و لکن انتقلت انتقالا لازما]

-أنه علی تقدیر القول المشهور من الفرق بین قیام العین و تلفها لو کانت العین باقیه،لکنها قد انتقلت عن المشتری انتقالا لازما بالبیع،أو العتق أو الهبه

اللازمه مثلا.فهل يكون ذلك من قبيل التلف،أم لا؟إشكال ينشأ من صدق التلف بذلك،و عدمه،إذ المتبادر من التلف هو زوال العين عن الوجود و هنا ليس كذلك،و ان كان فى حكم التلف من خروجها عن الانتقاع بالنسبه إلى المشترى.

و يمكن أن يقال:ان النص دل على أن القول قول البائع إذا كانت العين قائمه،و المتبادر منه وجودها بين المتبايعين فى يد أحدهما،كما يشير اليه الخبر الثانى من قوله«أو يتتاركا»و مفهومه حينئذ ما لم يكن موجوده فى يد أحدهما، و التعبير بالتلف انما وقع فى عباره بعض الأصحاب،و جعلوه مفهوما مخالفه لقوله«قائمه» بناء على حمله على مجرد الوجود،و الظاهر منه انما هو ما ذكرناه،فان وجودها بعد انتقالها بناقل شرعى لازم لا يدخل تحت منطوق الخبر المذكور.

و كيف كان فالحكم غير خال من شوب الاشكال.و كذا يجرى الإشكال فى الانتقال الغير اللازم كالبيع فى زمن الخيار للبائع،و الهبه قبل القبض أو بعده حيث يجوز الفسخ،و أنه هل يجرى مجرى التلف أم لا؟.

الثالثه-لو اختلفا فى تأخير الثمن و تأجيله أو فى قدر الأجل فى اشتراط رهن أو ضمين

فالقول قول البائع مع يمينه،لأنه فى هذه المواضع كلها منكر،و ربما قيل:بالتحالف هنا أيضا،كما فى سابق هذه المسأله،لأن أحدهما يسند الملك الى سبب مخصوص،و الأخر ينفيه و يسنده الى سبب آخر،ففى الحقيقه الملك بقول أحدهما غير الملك بقول الأخر، و كل منهما مدع،و مدعى عليه،فيتحالفان،و وجه ضعفه يعلم مما سلف،و ذلك لأنهما اتفقا على صدور العقد،و حصول الملك للمشترى،و الثمن للبائع،و انما حصل النزاع فى أحد هذه الأمور الزائده على ذلك و البائع ينكره،فيقدم قوله فى نفيه.

الرابعه-لو اختلفا فى المبيع

،فقال البائع:بعتك ثوبا،فقال المشترى:بل ثوبين،فان القول قول البائع بيمينه،لانه منكر لبيع الزائد،مع اتفاقهما على أمر مشترك،و هو بيع الثوب الواحد.

هذا حيث لا يكون المتنازع معينا،و الا فالحكم التحالف،كما لو قال البائع:

بعتك هـذا الثوب،و قال المشترى:بل هـذين الثوبين،مشـيرا الى غير ذلك الثوب المعين،فإنه يتعين القول بالتحالف،لعـدم الاتفاق على شيء.

و كـذا أيضا يجب تقييد أصل المسأله بما إذا لم يختلفا فى الثمن على كل من التقديرين،لأنه حينئذ يمكن الأخذ بالمشترك بين كلاميهما،بخلاف ما لو قال:

بعتـك هـذا بألف،فقال:بل هـذا و هـذا بألفين،فلانه لا مشترك بين كلاميهما يمكن الأخـذ به،فلا بـد من التحالف كما ذكره فى التذكره.

و اعلم أن ضابط التحـالف-المقطوع به فى كلاـمهم-ادعـاء كـل منهما على صاحبه ما ينفيه الأخر،بحيث لا يتفقان على أمر كما هنا،و مثله ما لو اختلفا فى الثمن المعين،أو فيهما معا،و مثله ما لو ادعى أحدهما البيع،و الأخر الصلح.

و لو اتفقا على أمر واحـد و اختلفا فى وصف زائـد أو قـدر بحيث كانت الـدعوى من طرف واحد،كما فى المواضع التى قدمناها حلف المنكر،و أما من أجرى التحالف فى مثل تلك المواضع فقـد عرفت بطلانه،لخروجه عن الضابطه المـذكوره، و كما يجرى ذلك فى البيع فكذا فى الصلح و الإجاره و نحوهما.

بقى هنـا شـيء ينبغى التنبيه عليه،و هو أنه إذا ادعى البائع:أنى بعتك هـذا الثوب،فقال المشترى:بل هـذا إشاره إلى ثوب آخر،فان الحكم كما عرفت التحالف،و بطلان البيع،فإذا حلف البائع على نفى ما يـدعيه المشترى بقى الثوب على ملكه،فان كان فى يده،و الاـ انتزعه من يـد المشترى،و إذا حلف المشترى على نفى مـا يـدعيه البائع،و كان الثوب فى يـده لم يكن للبائع مطالبته به،لانه لا يدعيه، و ان كان فى يد البائع لم يكن له التصـرف فيه،لانه معترف بأنه للمشترى،و له ثمنه فى ذمته،فان كان البائع قد قبض الثمن رده على المشترى،و يأخـذ الثوب قصاصا، و ان لم يكن قبضه أخـذ الثوب قصاصا أيضا بـذلك الثمن،و لو زاد فهو مال لا يدعيه أحد،كذا فصله العلامه فى التذكره.

و لو ماتـا المتبايعان فاختلف و رثتهما،فـذهب جمع من الأصـحاب الى أن القول قول ورثه البائع فى قـدر المبيع،و ورثه المشترى فى قدر الثمن.

أما كون القول قول ورثه البائع فى قدر المبيع فهو جار على قول مورثهم، لان القول قوله لو كان حيا كما تقدم.

و أما أن القول قول ورثه المشترى فى قدر الثمن مع أنه ليس كذلك فى مورثهم، لأنهم منكرون.

و ذهب الأـكثر الى أن الورثه فى ذلـک كـالمورثين فيقـدم قول ورثه البـائع مع بقـاء السـلعه،و قول ورثه المشترى مع تلفهـا،و لو اختلف الورثه فى عين الثمن أو عين المبيع فالحكم التحالف،كما تقدم ذكره فى المتبايعين.

الفصل الخامس فى أقسام البيع بالنسبه الى الاخبار بالثمن و عدمه

اشاره

،و هو لا يخلو عن أقسام أربعه لأنه اما أن يخبر بالثمن،أولا،الثانى-المساومه،و الأول-اما أن يبيع معه برأس ماله،أو بزياده عليه،أو نقيصه عنه،و الأـول-التوليه،و الثـانى-المرابحه، و الثـالث-المواضـعه،و زاد بعضـهم قسـما خامسـا،و هو إعطاء بعض المبيع برأس مـاله،ذكره الشـهيد فى الـدروس و اللمعه،و لم يـذكره كثير منهم قـال:و التشـريک جـائز،و هو أن يجعل له نصـيبا بما يخصه من الثمن،قال شـيخنا الشـهيد الثانى:و فى بعض الاخبار دلاله عليه،و قـد يجتمع الأقسام الخمسه فى عقد واحد،بأن اشترى خمسه ثوبا بالسويه،لكن ثمن نصـيب أحدهم عشـرون،و الأخر خمسه عشر،و الثالث عشره،و الرابع خمسه،و الخامس لم يبين،ثم باع من عدا الرابع نصـيبهم بستين بعد اخبارهم بالحال،و الرابع شـرک فى حصـته،فهو بالنسـبه إلى الأول مواضـعه، و الى الثانى توليه،و الى الثالث مرابحه،و الرابع تشريک،و الخامس مساومه.

و علی هذا القیاس اجتماع قسمین منها،و ثلاثه و أربعه بالتقریب المذکور.

أقول:و المفهوم من الاخبار أن أفضل-هذه الأقسام-المساومه،و ان المرابحه مکروهه،

فروی ثقه الإسلام فی الکافی فی الضعیف و الشیخ فی التهذیب فی الصحیح،عن محمد بن مسلم (1)قال:

«قال أبو عبد الله(علیه السلام):انی أکره بیع عشره بإحدی عشره،و عشره باثنی عشره،و نحو ذلک من البیع و لکن أبیعک کذا و کذا مساومه،قال:و أتانی متاع من مصر،فکرهت أن أبیعه کذلک و عظم علی فبعته مساومه».

و عن جراح المدائنی (2)قال:

«قال أبو عبد الله(علیه السلام):

انی اکره بیع ده یازده و ده دوازده،و لکن أبیعک بکذا و کذا»،.

و روی فی الکافی عن الحلبی (3)فی الصحیح أو الحسن عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«قدم لأبی متاع من مصر فصنع طعاما و دعی له التجار،فقالوا له نأخذ منک بده دوازده فقال لهم أبی:و کم یکون ذلک؟قالوا فی عشره آلاف ألفین،فقال لهم:أبی انی أبیعکم هذا المتاع باثنی عشر ألفا فباعهم مساومه».

و روی فی الفقیه عن عبید الله الحلبی و محمد الحلبی (4)عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال

«قدم لأبی متاع»الحدیث. الا أنه لم یذکره«فباعهم مساومه»و علل استحباب المساومه زیاده علی ما ورد فی النصوص المذکوره بأن فیه سلامه عن الاخبار بالکذب، إذ قد یقع المخبر فی الکذب،و صعوبه أداء الامانه،و البعد عن مشابهه الربا.

أقول:و یعضده ما یأتی فی شروط المرابحه من کثره المفاسد فیها،و یدل

1- 1) الکافی ج 5 ص 197 التهذیب ج 7 ص 55.
2- 2) الکافی ج 5 ص 197 التهذیب ج 7 ص 55 و 54.
3- 3) الکافی ج 5 ص 197 التهذیب ج 7 ص 55 و 54.
4- 4) الفقیه ج 3 ص 135.

على جواز المرابحه صريحا ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن العلاء (۱)قال:

«قلت لأبى عبد الله(عليه السلام):الرجل يبيع الرجل البيع فيقول أبيعك بده دوازده أو ده يازده فقال:لا بأس إنما هذه المراوضه،فإذا جمع البيع جعله جمله واحده.».

و رواه الحميرى فى قرب الاسناد عن محمد بن خالد الطيالسى (۲)عن العلاء مثله،الا انه قال:

«لا بأس انما هو البيع يجعله جمله واحده».

أقول:يعنى يجعل الانتفاع و رأس المال جمله واحده فى حال البيع،و المراوضه انما هى قبل البيع،و فيه إشاره إلى الكراهه فى حال البيع،كما تقدم بأن يقول:أبيعك بكذا أو ربح كذا.

و أظهر منهما فى الجواز أيضا ما رواه

الشيخ عن على بن سعيد (۳)

«قال سئل أبو عبد الله(عليه السلام)عن رجل يبتاع ثوبا فيطلب منه مرابحه،ترى ببيع المرابحه بأسا إذا صدق فى المرابحه،و سمى ربحا دانقين أو نصف درهم فقال:لا بأس» الحديث.

إذا عرفت ذلك فاعلم ان الكلام هنا يقع فى موضعين،

الأول فى العباره

إما بالنسبه إلى المساومه فهى البيع بما يتفقان عليه،من غير تعرض لذكر الثمن،سواء علمه المشترى أو لم يعلمه،و هو أفضل الأقسام كما عرفت،و أما المرابحه فيجب فيها علم المتعاقدين برأس المال،و الربح و الغرم و المؤن إن ضمها،و يجب على البائع الصدق فى الثمن،و المؤن و ما طرء من موجب النقص و الأجل و غيره،فان لم يحدث فيه زياده،قال:اشتريته بكذا،أو تقوم على بكذا،و ان زاد بفعله من غير غرامه ماليه أخبر بذلك،بأن يقول:اشتريته بكذا،و عملت فيه عملا يساوى كذا،

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۵۴.

۲- ۲) الوسائل الباب ۱۴-من أبواب أحكام العقود الرقم ۵.

۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۵۵.

و ان كانت الزياده باستئجار عليه فيقول:تقوم على بكذا أو اشتريت بكذا و استأجرت بكذا،و ان طرء فيه عيب ذكره.

و لا بد من ذكر الجنس و الصرف و الوزن ان تعددت النقود،و اختلف صرفها و وزنها،كما لو كان صرف بعض الدنانير عشره دراهم،و بعضها أكثر أو أقل،و كذا الوزن،و أما لو اتحد النقد لم يفتقر الى ذلك.

و بالجمله فلا بد من الاخبار بالثمن،و كلما تجدد مما يوجب زياده أو نقيصه و اضافه ما ينفقان من الربح اليه (۱).

و أما التوليه فهو أن يعطيه المتاع برأس ماله،من غير زياده فيقول:وليتك أو بعتك أو ما يشاكل ذلك من الألفاظ الداله على النقل،لكن ان وقع العقد بلفظ بعتك و نحوه من الألفاظ الداله على مطلق البيع،فيكون المفعول الثمن،أو ما قام على و نحو ذلك مما لا يتضمن الزياده على ما أنفقه،و ان وقع بلفظ وليتك فليكن مفعوله

۱- ۱) أقول و من ذلك أيضا ما لو اشترى بثمن و رجع بأرش العيب،فإنه يجب أن يسقط ذلك من الثمن،و يخبر بالباقى،لأن الأرش جزء من الثمن، فقد قبض بعضه،و لا بد من بيانه،و ان كان قوله اشتريته بكذا حقا الا أنه قد طرء عليه النقصان،و لو جنى العبد ففداه السيد،لم يجز أن يضم الفديه إلى ثمنه،لان ذلك أمر خارج عن البيع،و لو جنى عليه فأخذه أرش الجنايه لم يضعها من الثمن،و الفرق بينه و بين أرش العيب أن أرش العيب ثابت بأصل العقد فكأنه مستثنى من الثمن،بخلاف الجنايه الطاريه فإنها حق آخر كنتاج الدابه نعم لو نقص بالجنايه وجب الاخبار بالنقص هذا مقتضى ما أورده فى هذا المقام. منه رحمه الله.

العقد،و يقتصر على ذلک،و إذا قبل لزمه مثله جنسا و قدرا و صفه،و لو قال:ولیتک السلعه بکذا و کذا احتمل الاجزاء کما ذکره فی الدروس.

و أما المواضعه فهی کالمرابحه فی الاخبار بالثمن،و نحوه مما زاد أو نقص حسبما تقدم،الا أنها بنقیصه معلومه،فیقول:بعتک بما اشتریته أو تقوم علی و وضیعه کذا.

و أما التشریک فهو أن یقول:شرکتک بالتضعیف بنصفه بنسبه ما اشتریت مع علمهما بقدره،و لو قال:أشرکتک بالنصف فکذلک،و لزمه مثل نصف الثمن،أما لو قال:أشرکتک فی النصف فإنما له الربع،الا أن یقول:بنصف الثمن،فیتعین النصف،و لو لم یبین الحصه و انما قال:فی شیء منه،أو أطلق بطل للجهل بالمبیع، و احتمل بعضهم حمل الثانی علی التنصیف،و التشریک-فی الحقیقه-عباره عن بیع الجزء المشاع برأس ماله،الا أنه یختص عن مطلق البیع بصحته بلفظ التشریک.

الثانی-فی الأحکام:

اشاره

و فیه مسائل.

الاولی-لو اشتری جمله لم یجز له بیع بعضها مرابحه

و ان قوم کلا منها بقیمه الا أن یخبر بالحال،و یدل علیه ما رواه

ثقه الإسلام فی الصحیح عن أبی حمزه الثمالی (1)عن أبی جعفر(علیه السلام)

«قال سألته عن الرجل یشتری المتاع جمیعا بالثمن،ثم یقوم کل ثوب بما یسوی حتی یقع علی رأس ماله جمیعا أ یبیعه مرابحه؟ قال:لا حتی یبین له أنه انما قومه».

و روی فی الکافی و الفقیه فی الصحیح عن محمد بن مسلم (2)عن أحدهما(علیهما السلام)

١- ١) الکافی ج ۵ ص ١٩٧ التهذیب ج ٧ ص ۵۵ عن محمد بن مسلم عن أحدهما(علیهما السلام).

٢- ٢) الکافی ج ۵ ص ١٩٧ عن محمد بن أسلم عن أبی حمزه بتفاوت یسیر الفقیه ج ٣ ص ١٢۶.

«فی الرجل یشتری المتاع جمیعا بثمن ثم یقوم کل ثوب بما یسوی،حتی یقع علی رأس ماله جمیعا یبیعه مرابحه ثوبا ثوبا؟قال:لا حتی یبین له انما قومه».

و علل أیضا بأن المبیع المقابل بالثمن هو المجموع،لا الافراد،و ان تقوم بها و قسط الثمن علیها فی بعض الموارد کما لو تلف بعضها،أو ظهر مستحقا.

و المشهور أنه لا فرق فی ذلک بین تماثل اجزاء تلک الجمله أو اختلافها، خلافا لابن الجنید علی ما نقل عنه من الجواز فی المتماثله،کقفیز من حنطه،و ضعفه ظاهر،و ربما أشعر ظاهر الخبرین المذکورین بصحه البیع کذلک مرابحه،و هو ظاهر إطلاق جمله من العبارات،کما عبرنا به فی صدر المسأله جریا علی کلامهم.

الا أن الظاهر کما صرح به جمله من محققی المتأخرین أنه و ان کان البیع کذلک صحیحا الا أنه لیس من قبیل المرابحه،و ان جاز إطلاقها علیه مجازا لکونه بصوره المرابحه.

الثانیه-إذا اشتری نسیئه ثم باعه و لم یخبر بالأصل

قال الشیخ فی النهایه:کان للمبتاع من الأجل مثل ماله،و به قال:ابن البراج و ابن حمزه،و هو الظاهر من کلام ابن الجنید،فإنه قال:و من باع مرابحه کان للمشتری من النظره و غیرها فی الثمن ما کان للبائع عند الشراء،و قال الشیخ فی الخلاف و المبسوط:إذا اشتری سلعه بمائه إلی سنه،ثم باعها فی الحال مرابحه و أخبر أن ثمنها ماءه فالبیع صحیح بلا خلاف،فإذا علم المشتری بذلک کان بالخیار بین أن یقبضه بالثمن حالا أو یرده بالعیب،لانه تدلیس،و هو اختیار ابن إدریس،و هذا هو المشهور فی کلام المتأخرین عن العلامه و من تأخر عنه،نظرا الی ان مقتضی القواعد فی مثله ذلک.

و یدل علی الأول ما رواه

ثقه الإسلام فی الکافی عن هشام بن الحکم (۱)

ص:۲۰۳

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۰۸.

فی الصحیح عن أبی عبد الله(علیه السلام) «فی الرجل یشتری المتاع إلی أجل فقال:

لیس له أن یبیعه مرابحه الا إلی الأجل الذی اشتراه إلیه،فإن باعه مرابحه و لم یخبره کان للذی اشتراه من الأجل مثل ذلک».

و ما رواه

الشیخ فی الصحیح عن أبی محمد الوابشی (۱)و هو مجهول قال:

« سمعت رجلا یسأل أبا عبد الله(علیه السلام)عن رجل اشتری من رجل متاعا بتأخیر إلی سنه،ثم باعه من رجل آخر مرابحه،إله أن یأخذ منه ثمنه حالا و الربح؟قال:

لیس علیه الا مثل الذی اشتری،ان کان نقد شیئا فله مثل ما نقد،و ان کان لم یکن نقد شیئا فالمال علیه إلی الأجل الذی اشتراه».

و ما رواه

المشایخ الثلاثه(عطر الله مراقدهم عن میسر بیاع الزطی (۲)قال:

« قلت:لأبی عبد الله(علیه السلام)انا نشتری المتاع بنظره فیجیء الرجل فیقول:

بکم تقوم علیک؟فأقول:بکذا و کذا فأبیعه بربح،فقال:إذا بعته مرابحه کان له من النظره مثل مالک،قال:فاسترجعت و قلت:هلکنا»،الحدیث. و أجاب العلامه فی المختلف عن هذه الاخبار قال:و الجواب أنها محمول علی ما إذا باعه بمثل ما اشتراه و أخفی عنه النسیئه و لم یشترط النقد،فإنه و الحال هذه یکون له من الأجل مثل ما کان للبائع علی اشکال.انتهی.

و مرجعه إلی أنه مع عدم ذکره النسیئه وقت البیع،فاما أن یذکر الحلول، أو یشترط النقد،و ان کان إطلاق العقد کما تقدم انما ینصرف الی ذلک أولا، و علی الأول فالحکم ما ذکره المتأخرون من التخییر فی المقام،و علی الثانی یحمل الاخبار.

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۵۹.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۹۸ التهذیب ج ۷ ص ۵۷ الفقیه ج ۳ ص ۱۳۴ و فی النسخ اختلاف فلیراجع المصادر.

و ظاهر المحقق الأردبيلى الميل الى ذلک أيضا،و حينئذ يكون هذا قولا ثالثا فى المسأله،و أنت خبير بما فى هذا التفصيل من البعد،أما أولا ـ فلأنه متى كان إطلاق العقد انما ينصرف الى الحلول و النقد فذكره فى اللفظ لا يزيد الا على مجرد التأكيد، فكيف يترتب عليه حكم بخصوصه.

و أما ثانيا-فلان إطلاق الاخبار شامل للصورتين،و تخصيصها يحتاج الى دليل،و مجرد ما ادعوه من قاعده العيب-و أنها تقتضى التخيير و هذا من قبيله-يمكن تخصيصها بهذه الاخبار،و استثناء هذا الجزئى من القاعده،على أنک قد عرفت فيما تقدم أنه لا دليل على ما ادعوه من الخيار فى العيب،زياده على الإجماع كما تقدم تحقيقه و بالجمله فالظاهر عندى هو العمل بالأخبار المذكوره.

بقى الكلام فى تتمه الروايه الثالثه التى طوينا نقلها آنفا و هى قول الراوى

«قلت:فاسترجعت و قلت:هلكنا،فقال:لم،قال:قلت:لان ما فى الأرض ثوب أبيعه مرابحه فيشترى متى و لو وضعت من رأس المال حتى أقول تقوم بكذا و كذا قال:فلما رأى ما شق على قال:أفلا أفتح لک بابا يكون لک فيه فرج؟قلت:بلى قال:قل:قام على بكذا و كذا و أبيعک بزياده كذا و كذا و لا ـ تقل بربح». هكذا فى روايه صاحب الفقيه،و فى غيره قال:قلت:لان ما فى الأرض من ثوب«إلا»أبيعه مرابحه يشترى و لو وضعت من رأس المال حتى أقول تقوم بكذا و كذا»و أبيعک بكذا و كذا الى آخر ما تقدم،و لا يخفى ما فى هذه العباره من الاختلال،و عدم ظهور معنى مستقيم،و ما ذكر فى إصلاحها لا يخلو من تكلف بعيد عن الظاهر.

و أنت خبير بأن ظاهره تخصيص بيع المرابحه بأن يقول:بربح كذا،و أما لو قال بزياده كذا بعد الاخبار برأس المال فليس مرابحه،بل مساومه،و الظاهر أنه لا قائل به،إذ لا فرق بين اللفظين فى كون البيع مرابحه،كما يدل عليه الاخبار و كلام الأصحاب،و يشكل العدول به عن ظواهر غيره من الاخبار،و الله العالم.

الثالثه [عدم جواز أن يبيع الإنسان مرابحه بالنسبه إلى أصل المال]

قال الشيخ فی النهایه:لا یجوز أن یبیع الإنسان مرابحه بالنسبه إلی أصل المال،بأن یقول أبیعک هذا المتاع بربح عشره واحدا أو اثنین بل یقول بدلا من ذلک:هذا المتاع تقوم علی بکذا أو أبیعک إیاه بکذا،بما أراده،و کذا قال الشیخ المفید.

و قال سلار:لا یصح لو قال:بعتک هذا بربح العشره واحدا أو أکثر بالنسبه.

و قال أبو الصلاح:لا یجوز بیع المرابحه بالنسبه إلی الثمن کقوله:أربح علیک فی کل عشره دراهم من ثمنه درهما،و انما یصح بیع المرابحه بأن یخبر بجمله الثمن،و یربح فی عین المبیع.

و قال ابن البراج:لا یجوز فی بیع المرابحه حمل الربح علی المال،مثل أبیعک هذا المتاع بکل عشره منه واحدا أو اثنین،بل یحمل الربح علی المتاع.

و قال فی المبسوط:یکره بیع المرابحه بالنسبه إلی أصل المال،و لیس بحرام،و ان باع کذلک کان البیع صحیحا،و کذا قال فی الخلاف،و به قال ابن إدریس،و العلامه و من تأخر عنه.

أقول:منشأ هذه الأقوال الاختلاف فی الاخبار المتقدمه فی صدر الفصل، الداله علی النهی عن نسبه الربح الی المبیع أو الثمن،و المراد بنسبته إلیه إضافته الیه اما بواسطه حرف الجر،مثل و الربح فیه،أو بغیر واسطته مثل و ربحه کذا،و ظاهر الاخبار المتقدمه باعتبار ضم بعضها الی بعض انما هو الکراهه،قیل:

لانه یشبه الربا.

و الظاهر عندی منها انما هو کراهه البیع مرابحه،و أن الأفضل بیع المساومه، کما یفهم من صحیح الحلبی أو حسنه المتقدم،لا من حیث ضم الربح الی المبیع أو رأس المال کما ذکروه،فان عدوله(علیه السلام)الی البیع مساومه دون الفرد الأخر من المرابحه،-مما یشیر الی ما ذکرناه،و کذلک صحیح محمد بن مسلم المتقدم،فإن ضیقه(علیه السلام)انما هو من بیع المرابحه مطلقا،لا من خصوص

ذلک النوع،و لهذا عدل إلی المساومه.

الرابعه لو باع مرابحه فظهر أن رأس ماله کان أنقص

،فالمشهور أن للمشتری الخیار بین رده و بین أخذه بالثمن،و قیل:انه یأخذه بإسقاط الزیاده،و رجح الأول بأنه الثمن الذی وقع علیه العقد،فلا یثبت غیره،و ثبوت الکذب فی الاخبار ینجبر بلحوق الخیار.

و المسأله غیر منصوصه فیما أعلم،الا أن الأقرب هو القول المشهور،لما ذکر، و لأصاله الصحه،و ظهور الکذب لا یوجب بطلان البیع،و لا نقص الثمن بعد وقوع التراضی به و العقد علیه،و غایه ما یوجبه الإثم للخیانه،و الجبر بالخیار.

و صرح بعضهم بثبوت الخیار و ان انتقل المبیع من المشتری أو تلف فی یده؟ قال:و الأقوی أن بقاءه علی ملک المشتری غیر شرط فی الخیار،فله الفسخ مع تلفه،أو خروجه عن ملکه مع رد مثله أو قیمته،لأصاله بقاء الخیار.

و علی القول بإسقاط الزیاده یسقط ربحها ایضا،و لا خیار له،لانه قد رضی بالأکثر،فأولی أن یرضی بالأقل.

و ربما احتمل ثبوت الخیار ایضا لغروره و کذبه و قد یکون له غرض فی الشراء بذلک المبلغ،لأبرار قسم،أو انعقاد وصیه،أو نحو ذلک،و لو قال:اشتریته بأکثر لم یقبل منه،لان قوله الثانی مناف للأول،لتکذیبه نفسه بالإقرار الأول، و مثل ذلک غیر مسموع شرعا و الا لم یتم أکثر الإقرارات فیلغو حینئذ قیل:و لو اقام بینه علی ادعاء الأکثر لم تقبل،لانه کذبها بإقراره الأول (1).

۱- ۱) هذا القول للشیخ فی المبسوط قال:لو قال رأس مالی مائه ثم قال:غلطت و الثمن مائه و عشره لم یقبل قوله،و لو اقام بینه علی انه أخطأ و ان شراءه کان أکثر لم یقبل منه،لانه کذبها بالقول الأول،و لا یلزم المشتری الیمین بأنه لا یعلم بأنه اشتراه بأکثر من ذلک،لانه لا دلیل علیه،فان قال:وکیلی کان اشتراه بمائه و عشره و اقام بذلک بینه قبلت بینته،قال:و ان قلت: لا یقبل لانه کذبها القول الأول کان قویا انتهی و الأظهر ما علیه الأکثر فی المسألتین،فله إقامه البینه فی الصوره التی ذکرنا فی الأصل،لأنه ادعی شیئا لو صدقه الغریم لثبت حقه،فله إقامه البینه علیه،و الیمین علی خلافه و التکذیب ممنوع،لانه ادعی شیئا خفیا غیر مناف لما شهدت به البینه و هو الغلط و نحوه،و له المطالبه بالیمین لو ادعی علیه العلم کما فی غیر هذا الموضع.منه رحمه الله.

و فيه على إطلاقه اشكال لجواز الغلط فى الاخبار الأول،أو الاستناد الى اخبار وكيله مثلا،كان يقول أخبرنى و كيلى انه شراه بكذا،أو ورد على خط بذلك ثم يظهر خلافه،فإنه يتجه قبول قوله ان أظهر لإنكاره تأويلا محتملا،بمعنى سماع بينته عليه،و لو ادعى على المشترى العلم بكون الثمن زائدا،توجهت عليه اليمين بنفيه،سواء ادعى الغلط أم لا،و ربما قيل بسماع دعواه مطلقا،نظرا إلى إمكان الغلط،و نفى عنه البأس فى المسالك.

الخامسه-إذا دفع الى الدلال متاعا و قومه عليه بقيمه و لم يواجبه البيع

لم يجز للدلال بيعه مرابحه إلا بعد الاخبار بصوره الحال،سواء كان ما قومه عليه يربح فيه أم لا،و الوجه فيه ظاهر،مما تقدم فى المسأله الاولى،و الاخبار بصوره الحال لا يوجب كونه مرابحه كما تقدم تحقيقه ثمه،و ان كان بصوره المرابحه،و لهذا لا يجب على التاجر الوفاء بالربح له،لانه ليس بيع مرابحه.

و المشهور ان للدلال اجره المثل سواء كان التاجر دعاه أو الدلال ابتدأه، و انما كان له الأجره فى الصورتين،لانتفاء البيع فيهما مع كونه مأمورا بعمل له أجره بحسب العاده،و إذا فات الشرط رجع الى أجره المثل.

و نقل عن الشيخين(عطر الله مرقدهما)إنهما أثبتا للدلال ما زاد على ما عين له من القيمه فى صوره ابتداء التاجر،و ان لم يزد لم يكن له شيء،و اما فى صوره ابتداء

ص :٢٠٨

الدلال و التماسه ذلک فإنهما جعلا له أجره المثل،و تبعهما القاضی.

أقول:قال الشیخ فی النهایه:و إذا قوم التاجر متاعا علی الواسطه بشیء معلوم،و قال له:بعه فما زدت علی رأس المال فهو لک،و القیمه لی کان جائزا و ان لم یواجبه البیع،فان باع الواسطه المال بزیاده،علی ما قوم علیه کان له، و ان باعه برأس المال لم یکن علی التاجر شیء و ان باعه بأقل من ذلک کان ضامنا لتمام القیمه،ثم قال:و متی أخذ الواسطه المتاع علی ما ذکرناه فلا یجوز له أن یبیعه مرابحه و لا یذکر الفضل علی القیمه فی الشراء.

و قال ابن إدریس بعد نقل کلام الشیخ المذکور:و ما أورده شیخنا غیر واضح،و لا مستقیم علی أصول مذهبنا،لان هذا جمیعه لا بیع مرابحه،و لا اجاره، و لا جعاله محققه،فإذا باع الواسطه بزیاده علی ما قوم علیه لم یکن للواسطه فی الزیاده شیء،لأنها من جمله ثمن المتاع،و المتاع للتاجر ما انتقل عن ملکه بحال، و للواسطه أجره المثل،لانه لم یسلم له العوض فیرجع الی المعوض،و کذلک ان باع برأس ماله،فان باعه بأقل مما أمره به کان البیع باطلا،و قوله متی أخذ الواسطه المتاع علی ما ذکرناه لا یجوز له أن یبیعه مرابحه،و لا یذکر الفضل علی القیمه فی الشراء. (۱)

قال محمد بن إدریس:و أی شراء بین التاجر و الواسطه حتی یخبر بالثمن، و لیس هذا موضع بیع المرابحه فی الشریعه بغیر خلاف،و انما أورد أخبار الآحاد فی هذا الکتاب إیرادا لا اعتقادا علی ما وردت به ألفاظها صحیحه کانت أو فاسده، علی ما ذکره و اعتذر به فی خطبه مبسوطه انتهی.

ص :۲۰۹

۱- ۱) أقول الظاهر ان کلام الشیخ هنا انما خرج مخرج التنبیه علی دفع توهم کون ذلک مما یدخل فی بیع المرابحه،کما أشار إلیه(علیه السلام) فی روایه سماعه المذکوره فی الأصل،فکلامه هنا جار نحو الروایه المذکوره، و لا بأس به،فاعتراضه علیه هنا مما لا وجه له،منه رحمه الله.

أقول:و مما يدل على ما ذكره الشيخان من الاخبار التى طعن فيها هنا بأنها من الآحاد ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن محمد بن مسلم (۱)عن أبى عبد الله(عليه السلام)،

«انه قال فى رجل قال لرجل:بع ثوبى هذا بعشره دراهم فما فضل فهو لک فقال:

ليس به بأس».

و رواه الكلينى فى الصحيح أو الحسن مثله.

و عن زراره (۲)فى الصحيح قال:

«قلت لأبى عبد الله(عليه السلام)«ما تقول فى رجل يعطى المتاع فيقول:ما ازددت على كذا و كذا فهو لک،فقال:لا بأس».

و عن سماعه (۳)عن أبى عبد الله(عليه السلام)

«أنه سئل عن الرجل يحمل المتاع لأهل السوق،و قد قوموا عليه قيمه،و يقولون بع فما ازددت فلک؟فقال:

لا بأس بذلک و لكن لا يبيعهم مرابحه». و رواه الكلينى و الصدوق مثله.

و عن زراره فى الموثق (۴)عن أبى جعفر عليه السلام قال:

««سألته عن الرجل يعطى المتاع فيقال له:ما ازددت على كذا و كذا فهو لک؟فقال:لا بأس».

و جمله من تأخر من الأصحاب تأولوا هذه الاخبار بالحمل على الجعاله،فيلزم ما عينه لذلک،قالوا و لا يقدح فيها الجهاله كما اعترض به ابن إدريس على كلام الشيخ، لأن الجهاله فى مال الجعاله إذا لم يؤد الى النزاع غير قادح كما سيأتى-إنشاء الله تعالى-فى بابه.

أقول:و من المحتمل قريبا خروج هذه الاخبار مخرج وجوب الوفاء بالوعد، كما دلت عليه الآيه و الروايه،فيجب الوفاء به و فيه تأكيد لما ذكره الأصحاب،و به يضعف ما ذكره ابن إدريس من كون الزياده للتاجر،و انما للدلال أجره المثل.

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۵۴ الكافى ج ۵ ص ۱۹۵.
۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۵۴.
۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۵۴ الكافى ج ص ۱۹۵ الفقيه ج ۳ ص ۱۳۵.
۴- ۴) التهذيب ج ۷ ص ۵۴ عن أبى عبد الله عليه السلام.

ثم ان الشیخ فی النهایه قال علی أثر العباره المتقدمه:فإذا قال الواسطه للتاجر:

خبرنی بثمن هذا المتاع و اربح علی فیه کذا و کذا ففعل التاجر ذلک غیر انه لم یواجبه البیع،و لا ضمن هو الثمن ثم باع الواسطه بزیاده علی رأس المال و الثمن، کان ذلک للتاجر،و له أجره المثل لا أکثر من ذلک،و ان کان قد ضمن الثمن کان له ما زاد من الربح،و لم یکن للتاجر أکثر من رأس المال الذی قرره معه انتهی.

و الأصحاب(رضوان الله علیهم)قد حملوا ذلک علی أن التاجر لم یعین له شیئا-کما فی الصوره الاولی-و لم یعقب کلام الدلال بما یدل علی الرضا بما ذکره الدلال،بل سکت عن ذلک،و الا فلو عقب کلام الدلال بما یدل علی الرضا بما قاله و عینه،کان کما لو ابتدأه،کما لو قال لمن ذهب عبده:أرد علیک عبدک علی أن لی نصفه أو ثیابه ابتداء منه،فقال المولی:نعم لک ذلک،فإنه یستحقق ما عینه له.

و بالجمله فإنه فی هذه الصوره لا بیع و لا جعاله،فلهذا وجب علی التاجر أجره المثل للدلال و علی هذا یتم و یجتمع کلام الشیخ مع کلام الأصحاب و الروایات الوارده فی الباب من غیر منافاه فی المقام.

السادسه:إذا قال:بعتک بمائه مواضعه العشره درهما

،قال فی المبسوط:یکون الثمن تسعین،و قال فی الخلاف اختلف الناس فیها،فقال أبو حنیفه و الشافعی:تسعون و عشره أجزاء من أحد عشر جزء من درهم،و قال أبو ثور:تسعون،ثم قال:

دلیلنا-ما ذکره حذاق العلماء و هو أن البیع مرابحه و مواضعه،فان باعه مرابحه، ربح درهم علی کل عشره کان مبلغ الثمن مائه و عشره و کان قدر الربح جزء من أحد عشر جزء من الثمن،وجب أن یکون المواضعه حط جزء من أحد عشر جز عن الثمن،و إذا کان مائه حطت منه جزا من أحد عشر جزء،ینحط تسعه،من تسعه و تسعین، و یبقی درهم ینحط منه جزء من أحد عشر.

و قیل:فیه أیضا:و قوله:وضیعه درهم من کل عشره،معناه یوضع من کل عشره،یبقی لی درهم من أصل رأس المال،و تقدیره وضیعه درهم بعد کل عشره، فیکون الثمن أحد و تسعون الا جزا من أحد عشر جزء من درهم.

قالوا:إذا أرادت مبلغ الثمن فی ذلک فعقد الباب فیه أن تضیف الوضیعه الی رأس المال،ثم تنظر کم قدرها،فما اجتمع فأسقط ذلک القدر من رأس المال، و هو الثمن.

و بابه إذا قال:رأس المال عشرون بعتکها برأس مالی مواضعه العشره درهمان و نصف،فتضیف الی العشرین قدر الوضیعه،و هو خمسه دراهم فیصیر خمسه و عشرین،فینظر کم خمسه،من خمسه و عشرین،فإذا هو خمسها،فیسقط من رأس المال و هو عشرون الخمس أربعه تبقی ست عشره.

ثم قال:و قول أبی ثور أقوی عندی،لأنه إذا قال:مواضعه عشره واحد، أضاف المواضعه الی رأس المال،فرأس المال مائه فیجب فیه عشره فیبقی تسعون، و لم یضفه الی ما یبقی فی یده،و لو قال ذلک لکان الأمر علی ما قاله،و أما حمل الوضیعه علی الربح و اضافه ذلک الی أصله فهو قیاس،و نحن لا نقول به،انتهی و فیه عدول-عما قاله فی صدر کلامه-الی ما اختاره فی المبسوط.

و الأصحاب(رضوان الله علیهم)قد اختلفوا أیضا فی ذلک کما اختلف العامه (1)و تفصیل الکلام فی ذلک بوجه أوضح أنه ذلک قال:بعتک بمأه و وضیعه درهم من کل عشره،فقیل:بأن الثمن تسعون،لان الوضع من نفس العشره یقتضی ذلک،حملا«لمن»علی الظاهر من التبعیض،و قیل:بأن الثمن أحد و تسعون

1- 1) قال فی القواعد:و لو قال:وضیعه درهم من کل عشره فمتی کان الثمن مائه لزمه تسعون،و لو قال:من کل أحد عشر،کان یحط تسعه دراهم و جزء من أحد عشر جزء من درهم،و کذا لو قال:بوضیعه درهم لکل عشره انتهی.منه رحمه الله.

إلا جزأ من أحد عشر جزء من درهم،حملا«لمن»على ابتداء الغايه،و يكون التقدير من كل عشره تسلم لی،و مثله ما لو قال:لكل عشره درهم،و وجهه أن الوضيعه للعشره غير العشره،كما أن الربح فی العشره زائدا على العشره،فهو بمنزله ما لو قال:من كل أحد عشر واحد.

و ربما قيل هنا أيضا ببطلان العقد،لتكافی الاحتمالين الموجب لجهاله الثمن و تردده بين القدرين المذكورين،و ربما رجح الأول بما قدمنا ذكره،من أن وضيعه العشره لا يكون من نفس العشره دون ما عداها،لان الموضوع من جنس الموضوع منه،فيكون الإضافه بمعنى من التبعيضيه،و ربما رجح الثانی بما تقدم فی صدر كلام الشيخ من أن المواضعه على حد المرابحه،للتقابل بينهما،فكما اقتضت المرابحه المعنى الثانی فكذا المواضعه،و يضعف المرجح الأول-بأن اللفظ لا بد فيه من تقدير،و كلا التقديرين محتمل-و الثانی بمنع الملازمه،و قيام الاحتمال ان لم تدل قرينه على أحدهما،و اعترض شيخنا الشهيد الثانی على الأصحاب-فی هذا المقام و ما وقع لهم من الاختلاف و النقض و الإبرام-بأن المراد من الجنس الذی يكون الإضافه المعنويه فيه بمعنى من،أن يكون المضاف جزئيا من جزئيات المضاف اليه،بحيث يصح إطلاقه على المضاف و على غيره أيضا،و الاخبار به عنه،كخاتم فضه، و باب ساج لا جزا من كل،حيث لا يصح إطلاقه كبعض القوم،و يد زيد،فإنك ترديد بالقوم الكل،و الكل لا يطلق على البعض،و كذا القول فی يد زيد،و الحاصل أن(من)التی تتضمنهما الإضافه هی التبيينيه،لا التبعيضيه،كما فی خاتم فضه و أربعه دراهم،و شرط(من)التبيينيه أن يصح إطلاق المجرور بها على المبين،كما فی قوله تعالى (۱)«فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثانِ» و قد صرح بهذا التحقيق الشيخ رضی، و ابن هشام،و ناهيک بهما،و حينئذ فينبغی القول بحمل الإضافه فی المسألتين على معنى(من)رأسا،لأن الموضوع المضاف بعض العشره،و لا يصح الاخبار به عنه، فيتعين كونها بمعنى اللام.

ص:۲۱۳

۱- ۱) سوره الحج الآيه-۲۲.

نعم یمکن مع ذلک کون الوضیعه من نفس العشره،کما یستفاد ذلک من إضافته إلی الثمن.انتهی کلامه(قدس سره).

و ناقشه فی ذلک المحقق الأردبیلی فی شرح الإرشاد بما یطول ذکره،مما لیس فی التعرض له کثیر فائده،و الغرض من نقل کلامهم فی المقام لیس إلا بیان أنه لا یجوز الرجوع الی التعلیلات العقلیه فی الأحکام،لعدم انضباطها و وقوفها علی حد،لاختلاف الافهام،و المسأله عاریه من النص و لا یبعد القول فیها بالبطلان لما عرفت من الاحتمالات المؤدیه إلی الجهاله.و الله العالم.

الفصل السادس فی الربا

اشاره

و هو لغه الزیاده قال الله تعالی (۱)«فَلاٰ یَرْبُوا عِنْدَ اللّٰهِ» و شرعا علی ما ذکروه بیع أحد المتماثلین المقدرین بالکیل أو الوزن بالاخر مع الزیاده فی أحدهما حقیقه (۲)أو حکما،أو اقتراض أحدهما مع الزیاده و ان لم یکونا مقدرین بهما،إذا لم یکن الباذل للزیاده حربیا و لم یکن المتعاقدان والدا مع ولده،و لا زوجا مع زوجته،و علی تقدیر القول بثبوته فی کل معاوضه یبدل البیع بالمعاوضه علی أحد المتماثلین الی آخر ما تقدم،و تحریمه ثابت بالکتاب،و السنه،و الإجماع قال الله تعالی عز و جل (۳)«أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبٰا» و قال (۴)«یَمْحَقُ اللّٰهُ الرِّبٰا وَ یُرْبِی الصَّدَقٰاتِ» و قال (۵)

۱- ۱) سوره الروم الآیه-۳۹.

۲- ۲) کالدرهم بدرهمین،و الزیاده الحکمیه مثل زیاده الأجل بأن یبیع قفیزا نقدا بقفیز نسیئه،فإن فیه زیاده حکمیه من حیث أن للأجل قسط من الثمن و کذا لو کانت الزیاده منفعه مثل أجره دابه أو دار أو نحو ذلک منه رحمه الله.

۳- ۳) سوره البقره الآیه-۲۷۵.

۴- ۴) سوره البقره الآیه-۲۷۶.

۵- ۵) سوره البقره الآیه-۲۷۵.

«الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبا لا يَقُومُونَ إِلاّ كَما يَقُومُ الَّذِی يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطانُ مِنَ الْمَسِّ»

و روی الصدوق فی الفقيه فی الصحيح عن هشام بن سالم (۱)عن أبی عبد الله(عليه السلام)

«قال درهم ربا أشد عند الله من سبعين زنيه كلها بذات محرم»و رواه الشيخ فی الصحيح عن هشام مثله الا انه ترك(عند الله).

و روی فی الكافی فی الصحيح أو الحسن عن محمد بن قيس (۲)عن أبی جعفر (عليه السلام)

«قال قال أمير المؤمنين(عليه السلام):آكل الربا و موكله و كاتبه و شاهده فيه سواء».

و عن ابن بكير فی الموثق (۳)قال:

«بلغ أبا عبد الله(عليه السلام)عن رجل أنه كان يأكل الربا و يسميه اللبأ فقال:لأن أمكننی الله عز و جل منه لا ضربن عنقه».

و عن سعد بن طريف (۴)عن أبی جعفر عليه السلام قال:

«أخبث المكاسب كسب الربا».

و روی فی الفقيه عن أبی بصير (۵)عن أبی عبد الله(عليه السلام) قال:

«درهم ربا أشد من ثلاثين زنيه كلها بذات محرم مثل خاله و عمه».

و روی فی الفقيه و التهذيب مسندا فی الثانی و مرسلا فی الأول (۶)عن علی (عليه السلام) قال:

«لعن رسول الله(صلی الله عليه و آله)الربا و آكله و مؤكله

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۱۷۴ التهذيب ج ۷ ص ۱۴ الكافی ج ۵ ص ۲۴۴.
۲- ۲) الكافی ج ۵ ص ۱۴۴.
۳- ۳) الكافی ج ۵ ص ۱۴۷.
۴- ۴) الكافی ج ج ص ۱۴۷.
۵- ۵) الفقيه ج ۳ ص ۱۷۴ التهذيب ج ۷ ص ۱۴.
۶- ۶) الفقيه ج ۳ ص ۱۷۴ التهذيب ج ۷ ص ۱۵ و ليس فيه كلمه(و موكله).

و بایعه و مشتریه و کاتبه و شاهدیه». الی غیر ذلک من الاخبار.

أقول:لا خلاف بین الأصحاب(رضوان الله علیهم)فی التحریم مع العلم، و علیه حملت الأخبار المذکوره،و کذلک لا خلاف فی العذر مع الجهل،کما

رواه فی الکافی فی الصحیح عن هشام بن سالم (۱)عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«سألته عن الرجل یأکل الربا و هو یری أنه له حلال،قال:لا یضره حتی یصیبه متعمدا،فإذا أصابه متعمدا فهو بالمنزله التی قال الله عز و جل». و نحوها

صحیحه الحلبی (۲)قال:

«قال أبو عبد الله(علیه السلام):کل ربا أکله الناس بجهاله ثم تابوا فإنه یقبل منهم إذا عرف منهم التوبه». و علی ذلک أیضا یدل الآیه الشریفه أعنی قوله سبحانه (۳)«فَلَهُ مٰا سَلَفَ» انما الخلاف فی وجوب رد ما أخذه حال الجهاله بالتحریم إذا علم بعد ذلک،فذهب الشیخ فی النهایه و الصدوق فی المقنع-علی ما نقله فی المختلف-الی العدم.

قال فی المختلف:و رواه الصدوق فی الفقیه،ثم نقل عن ابن الجنید أنه قال:و من اشتبه علیه الربا لم یکن له ان یقدم علیه الا بعد الیقین بأن ما یدخل فیه حلال،فان قلد غیره أو استدل فأخطأ ثم تبین له ان ذلک ربما لا یحل،فان کان معروفا رده علی صاحبه،و تاب الی الله تعالی و ان اختلط بماله حتی لا یعرفه، أو ورث مالا یعلم أن صاحبه کان یربی،و لا یعلم الربا بعینه،فیعزله جاز له أکله، و التصرف إذا لم یعلم فیه الربا (۴).

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۴۴ التهذیب ج ۷ ص ۱۵ رواه عن الحلبی.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۴۵.

۳- ۳) سوره البقره الآیه-۲۷۵.

۴- ۴) أقول:لا یخفی أن فرض المسأله أنه أکل الربا حال الجهل،و بعد العلم بالتحریم تاب عن ذلک،فحمل ما سلف علی الذنب-کما ذکروه مع أنه لا ذنب فی حال الجهل،و هو بعد العلم بالتحریم قد ترکه-لا یخلو من تعسف.منه رحمه الله.

و قال ابن إدريس فى السرائر:قال شيخنا فى نهايته:فمن ارتكب الربا بجهاله و لم يعلم أن ذلك محظورا فليستغفر الله تعالى فى المستقبل،و ليس عليه فيما مضى شىء،و متى علم أن ذلك حرام ثم استعمله فكل ما يحصل له من ذلك محرم عليه،و يجب رده على صاحبه.

قال محمد بن إدريس:قول شيخنا رحمه الله-فمن ارتكب الربا بجهاله و لم يعلم ان ذلك محظورا فليستغفر الله فى المستقبل،و ليس عليه فيما مضى شىء المراد بذلك ليس عليه شىء من العقاب بعد استغفاره،لا أن المراد بذلك أنه ليس عليه شىء من رد المال الحرام،بل يجب عليه رده على صاحبه،لقوله تعالى (۱)«وَ إِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوٰالِكُمْ» فأما قوله (۲)«فَمَنْ جٰاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهىٰ فَلَهُ مٰا سَلَفَ» المراد به-و الله أعلم-فله ما سلف من العذر و غفران الذنب،و حق القديم سبحانه بعد انتهائه و توبته،لأن إسقاط الذنب عند التوبه تفضل عندنا،بخلاف ما يذهب إليه المعتزله.

و قيل فى التفسير-ذكره شيخنا فى التبيان و غيره من المفسرين-أن المراد بذلك ما كان فى الجاهليه من الربا بينهم،فقال «فَمَنْ جٰاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهىٰ فَلَهُ مٰا سَلَفَ» فأما ما يجرى من المسلم فيجب رده على صاحبه،سواء كان جاهلا لحاله غير عالم انه محرم أو كان عالما بذلك،فإنه يجب رد الربا على من أربى عليه من المسلمين جميعا،فلا يظن ظان و لا يتوهم متوهم على شيخنا فيما قال غير ما حررناه.انتهى.

و الى هذا القول ذهب العلامه فى المختلف أيضا،قال:لأنها معاوضه باطله، فلا ينتقل بها الملك كغيرها من المعاوضات،و احتج للشيخ بالآيه اعنى قوله سبحانه «فَلَهُ مٰا سَلَفَ» .

۱- ۱) سوره البقره الآيه-۲۷۹.

۲- ۲) سوره البقره الآيه-۲۷۵.

و ما رواه

ابن بابويه (۱)عن الباقر(علیه السلام) قال:

«قال:رسول الله (صلی الله علیه و آله)قد وضع ما مضی من الربا و حرم ما بقی،فمن جهله وسعه جهله حتی یعرفه».

و عن الصادق(علیه السلام) (۲)

«کل ربا أکله الناس بجهاله ثم تابوا فإنه یقبل منهم-إذا عرف منهم-التوبه». ثم أجاب عن الجمیع بالعود الی الذنب بمعنی سقوطه عنهم بالتوبه،أو ما کان فی زمن الجاهلیه.

أقول:و الذی وقفت علیه من الاخبار ما رواه

المشایخ الثلاثه،(عطر الله مراقدهم،) فی الصحیح أو الحسن عن الحلبی (۳)الا أنه فی الفقیه مرسلا قال:

«قال أبو عبد الله(علیه السلام)»کل ربا أکله الناس بجهاله ثم تابوا فإنه یقبل منهم إذا عرف منهم التوبه،و قال:«لو أن رجلا ورث من أبیه ما لا و قد عرف أنه فی ذلک المال ربا و لکن قد اختلط فی التجاره بغیره حلال کان حلالا طیبا فلیأکله، و ان عرف منه شیئا معزولا انه ربا فلیأخذ رأس ماله و لیرد الربا».

و زاد فی الکافی و الفقیه

«و أیما رجل أفاد مالا کثیرا فیه من الربا فجهل ذلک.ثم عرفه بعد،فأراد أن ینزعه فیما مضی فله،و یدعه فیما یستأنف».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب فی الصحیح أو الحسن عن الحلبی (۴)عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«أتی رجل أبی فقال:انی ورثت مالا و قد علمت أن صاحبه الذی ورثته منه قد کان یربو و قد عرفت أن فیه ربا و استیقن ذلک،و لیس

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۱۶ فی ذیل حدیث الوسائل الباب-۵-من أبواب الربا.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۴۵ التهذیب ج ۷ ص ۱۶ مع اختلاف یسیر الفقیه ج ۳ ص ۱۷۵.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۱۴۵ التهذیب ج ۷ ص ۱۶ الفقیه ج ۳ ص ۱۷۵ و فیه و الکافی(و قد أعرف)بدل(عرفت).

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۱۴۵ التهذیب ج ۷ ص ۱۶ الفقیه ج ۳ ص ۱۷۵ و فیه و الکافی(و قد أعرف)بدل(عرفت).

یطیب لی حلاله،لحال علمی فیه،و قد سألت فقهاء أهل العراق و أهل الحجاز فقالوا:لا یحل أکله من أجل ما فیه،فقال أبو جعفر(علیه السلام):ان کنت تعلم أن فیه مالا معروفا ربا و تعرف أهله،فخذ رأس مالک،و رد ما سوی ذلک،و ان کان مختلطا فکله هنیئا فإن المال مالک،و اجتنب ما کان یصنع صاحبه،فان رسول الله (صلی الله علیه و آله)قد وضع ما مضی من الربا و حرم علیهم ما بقی،فمن جهله وسع له جهله حتی یعرفه،فإذا عرف تحریمه حرم علیه،و وجب علیه فیه العقوبه إذا ارتکبه کما یجب علی من یأکل الربا».

و ما رواه

فی الکافی عن أبی الربیع الشامی (1)قال:

«سألت أبا عبد الله (علیه السلام)عن رجل أربا بجهاله،ثم أراد أن یترکه،فقال:أما ما مضی فله، و لیترکه فیما یستقبل،ثم قال:ان رجلا أتی أبا جعفر(علیه السلام)فقال:انی قد ورثت مالا و قد علمت أن صاحبه کان یربو،و قد سألت فقهاء أهل العراق و فقهاء أهل الحجاز،فذکروا أنه لا یحل أکله فقال أبو جعفر(علیه السلام):ان کنت تعرف منه شیئا معزولا و تعرف أهله و تعرف أنه ربا فخذ رأس مالک،و دع ما سواه،و ان کان المال قد اختلط فکله هنیئا مریئا،فان المال مالک،و اجتنب ما کان یصنع صاحبک فان رسول الله(صلی الله علیه و آله)قد وضع ما مضی من الربا فمن جهله وسعه أکله فإذا عرفه حرم علیه أکله،فإن أکله بعد المعرفه وجب علیه ما وجب علی آکل الربا».

و رواه ابن إدریس فی مستطرفات السرائر (2)من کتاب المشیخه للحسن ابن محبوب نحوه.

ص :219

1- 1) الکافی ج ۵ ص ۱۴۶ الوسائل الباب-۵-من أبواب الربا الرقم-۴.

2- 2) السرائر ص ۴۷۵.

و ما رواه

فی التهذیب فی الصحیح عن محمد بن مسلم (۱)قال:

«دخل رجل علی أبی جعفر(علیه السلام)من أهل خراسان قد عمل بالربا حتی کثر ماله ثم انه سأل الفقهاء فقالوا:لیس یقبل منک شیء الا أن ترده إلی أصحابه،فجاء الی أبی جعفر(علیه السلام) فقص علیه قصته فقال له أبو جعفر(علیه السلام):مخرجک من کتاب الله عز و جل (۲)«فَمَنْ جٰاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهیٰ فَلَهُ مٰا سَلَفَ وَ أَمْرُهُ إِلَی اللّٰهِ» و الموعظه التوبه».

و ما رواه

أحمد ابن محمد بن عیسی فی نوادره (۳)عن أبیه علی ما نقله فی الوسائل قال:

«ان رجلا أربا دهرا من الدهر فخرج قاصدا الی أبی جعفر(علیه السلام)یعنی الجواد (علیه السلام)فقال له:مخرجک من کتاب الله یقول الله «فَمَنْ جٰاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهیٰ فَلَهُ مٰا سَلَفَ» و الموعظه هی التوبه فجهله بتحریمه ثم معرفته به فما مضی فحلال،و ما بقی فلیستحفظ».

و ما ذکره

الرضا علیه السلام فی کتاب الفقه الرضوی علی ما نقله فی کتاب بحار الأنوار (۴)قال:

«قال أبو عبد الله(علیه السلام):ما خلق الله حلالا و لا حراما الا و له حد کحدود الدار،فما کان من حدود الدار فهو من الدار حتی أرش الخدش فما سواه،و الجلده و نصف الجلده،و ان رجلا أربا دهرا من الدهر فخرج قاصدا الی أبی جعفر(علیه السلام)فسأله عن ذلک،فقال له مخرجک من کتاب الله یقول الله».

الحدیث المتقدم الی آخره هذا ما وقفت علیه من الاخبار المتعلقه بهذه المسأله.

و الظاهر منها بعد رد بعضها الی بعض هو ما ذهب الیه الشیخ و الصدوق فی هذه المسأله،فإن ظاهر صحیحه هشام بن سالم المتقدمه هو حل ما أکله حال الجهل،

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۱۵ الوسائل الباب-۵-من أبواب الربا الرقم ۷.

۲- ۲) سوره البقره الآیه ۲۷۵.

۳- ۳) الوسائل الباب-۵-من أبواب الربا الرقم ۱۰.

۴- ۴) بحار الأنوار ج ۲ ص ۱۷۰ الرقم ۸ ط الحدیث.

و أنه لاـ يضـره ذلـك حتى يكون متعمـدا معنى بالإـثم،و لاـ يجب عليه رده إلا فى صوره العلم،و كـذلك قوله(عليه السـلام)فى الروايه الخامسه و السادسه،«فما مضى فحلال و ما بقى فليتحفظ»فإنه كالصريح،بل صريح فى حل ما أكله حال الجهل،و هو أيضا ظاهر الروايات الباقيه،فإنها متفقه فى أنه مع الجهل لا يجب عليه رده،كما أفتى به فقهاء العامه.

بقى الكلام فى تفصيله(عليه السلام)فى الاخبار الثلاثه الأول،و فرق بين ما كان معزولا،و ما كان مختلطا بمال حلال،و هو بظاهره موافق لمـا تقـدم نقله عن ابن الجنيـد،و يمكن حمـل رد المعزول على الأـولويه و الاسـتحباب،و ان كـان الجميع حلالا من حيث الجهل،كما ينادى به سياق الأخبار المذكوره،سيما الخبر الخامس و السادس كما عرفت.

و اما احتمـال الحمـل على الحـل من حيث الاختلاط كما صار اليه بعض أفاضل متأخرى المتأخرين (۱)لا من حيث الجهل،فهو بعيد عن سياق الأخبار المذكوره.

و أما قول العلاـمه-(رحمه الله)لأنهـا معـاوضه بـاطله،-فهو ممنوع،لأنهـا من حيث الجهـل صـحيحه بحسب ظـاهر الشـرع،و ثبوت البطلاـن بعـد العلم يحتـاج الى دليل،إذ الحل و الحرمه و الطهاره و النجاسه و نحوها مما تبنى على علم المكلف و عـدمه،لا على الواقع و نفس الأمر،كما مر تحقيقه فى كتاب الطهاره من هذا الكتاب (۲).

و أما استدلال ابن إدريس و مثله العلامه فى المختلف بقوله تعالى

---

۱ - ۱) و هـو المحـدث الكاشـانى و الفاضـل الخراسـانى فى الكفـايه حيث ذهبـا الى أن الحرام المختلـط بالحلاـل فى المحصور حلال،و قد أوضحنا بطلانه فى كتابنا الدره النجفيه.منه رحمه الله.

۲- ۲) ج ۱ ص.

«وَ إِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوٰالِكُمْ» فإن فيه ان سياق الآيه على الاختصاص بالعالم المتعمد،و هذه صورتها (۱)«يٰا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللّٰهَ وَ ذَرُوا مٰا بَقِيَ مِنَ الرِّبٰا إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللّٰهِ وَ رَسُولِهِ وَ إِنْ تُبْتُمْ» الايه،و من الظاهر ان التهديد بالحرب لا يتوجه الا الى العالم.

و يؤيده تأييدا ما رواه الطبرسى فى كتاب مجمع البيان (۲)عن الباقر(عليه السلام) فى سبب النزول من ان الوليد بن المغيره كان يربى فى الجاهليه و قد بقى له بقايا على ثقيف فأراد خالد بن وليد المطالبه بها بعد أن أسلم،فنزلت الآيه.

و أما تأويل قوله سبحانه «مٰا سَلَفَ» بما ذكره من المعنى فهو تعسف محض، و الظاهر من الآيه انما هو حل ما سلف مما أكله حال الجهل كما دلت عليه الاخبار المتقدمه،قال أمين الإسلام الطبرسى فى كتاب مجمع البيان «فَلَهُ مٰا سَلَفَ» معناه ما أخذه و أكل من الربا قبل النهى،و لا يلزمه رده.

قال الباقر(عليه السلام) (۳):

«من أدرك الإسلام و تاب مما كان عمله فى الجاهليه وضع الله عنه ما سلف». انتهى.

و فيه دلاله على اختيار الطبرسى لما ذهب اليه الشيخ و الصدوق فى هذه المسأله،و الحمل على ما سلف فى الجاهليه،لا ينافى ما سلف من حيث الجهل فى الإسلام أيضا،لاشتراك الجميع فى الجهل الموجب لحل ما تقدم،و ظاهر المحقق فى النافع القول بذلك أيضا،حيث قال:و لو جهل التحريم كفاه الانتهاء.

و بما قررناه و أوضحناه يظهر لك أن الأظهر هنا هو ما ذكره الشيخ و الصدوق و كيف كان فتحقيق البحث فى هذا الفصل يقع فى مسائل

[المسأله] الأولى [اشتراط كون العوضين من جنس واحد]

اشاره

-

۱- ۱) سوره البقره الآيه ۲۷۹.

۲- ۲) الوسائل الباب-۵-من أبواب الربا الرقم ۸.

۳- ۳) المستدرک ج ۲ ص ۴۷۹.

من الشروط المعتبره فی الربا أن یکون العوضان من جنس واحد،و المراد بالجنس هنا الحقیقه النوعیه باصطلاح أهل المنطق،فإنه یسمی جنسا بحسب اللغه، و ضابطه أن یتناولهم لفظ خاص کالحنطه و الأرز و نحوهما.

و ینبغی أن یستثنی من هذه الضابطه الشعیر،فإنه فی باب الربا من أفراد الحنطه مع أنه لا یتناوله لفظها و دخوله بالنص.

و أما العلس و السلت علی القول بأنهما من أفراد الحنطه و الشعیر فدخولهما فیهما ظاهر و ان اختصا باسم آخر،و الا فمقتضی الاسم عدم الإلحاق،فلا یجوز بیع أحد المتجانسین بالاخر مع الزیاده،و یجوز البیع وزنا بوزن و ان کان أصلهما الکیل علی أحد القولین،نظرا الی أن الوزن أضبط،حتی قیل انه أصل الکیل،بل نقل بعضهم الإجماع علی جواز بیع الحنطه و الشعیر وزنا،مع الإجماع علی کونهما مکیلین فی زمنه(صلی الله علیه و آله)و قیل:بالعدم نظرا الی ورود الشرع و العرف بالکیل،فلا یعتبر بغیره،فیرجع حینئذ الی ما علم من عصره(صلی الله علیه و آله) و عصور الأئمه(علیهم السلام)فی کونه مکیلا أو موزونا،و مع الجهل بذلک إلی عاده البلد.

إذا عرفت ذلک فاعلم أن الثمن و المثمن اما أن یکونا ربویین،أو غیر ربویین أو یکون أحدهما خاصه ربویا فهیهنا أقسام ثلاثه

الأول أن یکونا معا ربویین

اشاره

،و حینئذ فلا یخلو اما أن یتحد الجنسان أو یختلفا،و علی الثانی فلا یخلو أیضا اما أن یکون أحدهما من النقود و الآخر عرضا من العروض،فهیهنا أیضا أقسام ثلاثه

الأول-أن یکونا ربویین، و یتحد الجنس

،و الواجب المساواه فی القدر و الحلول،فلا یجوز بیع أحدهما بالاخر نسیئه،و ان تساویا فی القدر جاز،قال فی المختلف:و لا أعرف فی ذلک

خلافا الا قولا شاذا للشيخ،ذكره فى الخلاف فإنه قال:إذا باع ما فيه الربا من المكيل و الموزون مختلف الجنس جاز بيع بعضه ببعض متماثلا يدا بيد،و يكره نسيئه ثم اعتذر عنه بأنه قد يطلق على المحرم اسم المكروه.انتهى (۱)و هو جيد،

الثانى أن يختلف الجنس و يكون أحدهما من الأثمان،و الأخر من العروض

و لا خلاف فى الصحه نقدا و نسيئه،لأنه مع النسيئه فى أحدهما اما أن يكون من قبيل بيع النسيئه المتقدم جوازه ان كان الأجل فى الثمن،أو من قبيل السلف ان كان الأجل فى المبيع،و كلاهما جائزان.

الثالث-أن يختلف الجنس و يكونا عرضين

فإنه يجوز أحدهما بالاخر نقدا متفاضلا و متماثلا بلا خلاف،و انما الخلاف فى النسيئه مع التفاضل،فهل يجوز أم لا؟قال الشيخ فى النهايه و ابن حمزه:بالأول،و قال المفيد و سلار و ابن البراج:

بالثانى،و نص ابن ابى عقيل و ابن الجنيد على التحريم.

و قال الشيخ فى المبسوط:بالكراهه،و به قال ابن إدريس و العلامه فى

۱- ۱) ثم انه استدل على هذا الإطلاق قال فى هذا الكتاب:بأنه يكره الأكل و الشرب فى آنيه الفضه و قصد التحريم،أقول:لا يخفى أن لفظ الكراهه كما شاع استعماله فى التحريم فى الاخبار فالمتقدمون كثيرا ما يجرون على نحو الاخبار فى هذا الأبواب،ثم ان ظاهر الشيخ فى المبسوط موافقه ما ذكر فى الخلاف حيث قال:و ان باع بعض الجنس-يعنى مما يكون الثمن و المثمن ربويين-بجنس مثله متفاضلا جاز،و الأحوط أن يكون يدا بيد.انتهى،و أنت خبير بأن ظاهر هذه العباره لا تقبل التأويل المتقدم،و منه يقرب ان مراده بالكراهه فى عباره الخلاف انما هو معنى الأصولى،و حينئذ يكون المسأله محل خلاف،الا أن قوله ضعيف،مردود بالأخبار الداله على كون ذلك ربا كما سيظهر لك إنشاء الله تعالى.منه رحمه الله.

المختلف،احتج القائلون بالجواز بالأصل،و ما نقل شائعا من

قوله(علیه السلام) (۱)

«إذا اختلف الجنسان فبیعوا کیف شئتم». هذا ما احتج به فی المختلف لهذا القول.

أقول:و یدل علیه أیضا ما رواه

فی التهذیب و الفقیه عن سماعه فی الموثق (۲)قال:

«سألته عن الطعام و التمر و الزبیب؟فقال:لا یصلح شیء منه اثنان بواحد الا أن تصرفه نوعا الی نوع آخر،فإذا صرفته فلا بأس به اثنین بواحد و أکثر من ذلک». و إطلاقه دال علی الجواز یدا بید و نسیئه.

و نحوه أیضا ما رواه

فی الکافی و التهذیب فی الصحیح أو الحسن عن الحلبی (۳)عن أبی عبد الله(علیه السلام)فی حدیث

«قال.و یکره قفیز لوز بقفیزین،و قفیز تمر بقفیزین،و لکن صاع حنطه بصاعین من تمر،و صاع تمر بصاعین من زبیب».

الحدیث،الا ان احتمال تقیید إطلاقهما بالاخبار الاتیه قائم.

ثم انه فی المختلف نقل الاحتجاج للمانعین بما رواه

الحلبی (۴)فی الصحیح عن الصادق(علیه السلام) قال:

«ما کان من طعام مختلف أو متاع أو شیء من الأشیاء یتفاضل،فلا بأس ببیعه مثلین بمثل یدا بید،فأما نظره فلا یصلح». ثم أجاب بأن الربا من شرطه اتحاد الجنس علی ما بینه علمائنا،ثم حمل الخبر علی الکراهه.

أقول:و مما یؤید هذه الروایه أیضا ما رواه

فی الکافی عن محمد بن سنان (۵)عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«ما کان من طعام مختلف أو متاع أو شیء من الأشیاء یتفاضل فلا بأس ببیعه مثلین بمثل یدا بید،فأما نظره فلا تصلح».

۱- ۱) المستدرک ج ۲ ص ۴۸۰.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۹۵ الرقم ۱۲ الفقیه ج ۳ ص ۱۷۸.

۳- ۳) الكافى ج ۵ ص ۱۸۹ التهذيب ج ۷ ص ۹۴.

۴- ۴) الكافى ج ۵ ص ۱۹۱ عن محمد عن أبى عبد اللّه(عليه السلام)التهذيب ج ۷ ص ۹۳.

۵- ۵) الكافى ج ۵ ص ۱۹۱ التهذيب ج ۷ ص ۹۳ و فى المصدرين ليس فيهما لفظ(ابن سنان).

و ما رواه

فی التهذیب عن زیاد بن أبی غیاث (۱)عن أبی عبد الله(علیه السلام) مثله الا أنه قال:

«و أما النسیئه فلا یصلح». و لفظ لا یصلح عند الأصحاب من الألفاظ الظاهره فی الکراهه،و لهذا حملوه ما ورد بهذا اللفظ علی ذلک،و أیده ما ذکر من أن شرط الربا اتحاد الجنس.

و روی فی الکافی عن سماعه (۲)فی الموثق عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«المختلف مثلان بمثل یدا بید لا بأس به».

و فی صحیحه محمد بن مسلم (۳)قال:

«إذا اختلف الشیئان فلا بأس به مثلین بمثل یدا بید».

و فی صحیحه الحلبی (۴)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن الزیت بالسمن اثنین بواحد،قال:یدا بید لا بأس به». و لعل مستند القول بالکراهه هو الجمع بین أدله القولین،و یؤیده ما ذکره الثقه الجلیل

علی بن إبراهیم (۵)علی ما نقل فی الکافی فی فصل طویل فی هذا الباب قال:

«فإذا اختلف أصل ما یکال فلا بأس به اثنان بواحد یدا بید،و یکره نسیئه». الا أن احتمال التحریم فی هذا اللفظ قائم، لکثره إطلاقه علی ذلک فی الاخبار و کلام المتقدمین،و کذا لفظ«لا یصلح»فإنه کثیرا ما یستعمل فی الاخبار فی مقام التحریم و کیف کان فالمسأله لا تخلو من شوب الإشکال.

الثانی أن یکونا غیر ربویین

کثوب بثوبین،و عبد بعبدین،و دابه بدابتین، و لا خلاف فی أنه یجوز ذلک نقدا و أما نسیئه فقولان:المنع و هو قول الشیخ

۱- ۱) التهذیب ج ص ۱۱۸.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۹۰.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۱۸۹ التهذیب ج ۷ ص ۹۵.

۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۱۲۱.

٥- ٥) الكافى ج ٥ ص ١٩٢.

فی النهایه،فإنه قال:لا یجوز،و کذا فی الخلاف و الشیخ المفید و ابن ابن عقیل و ابن الجنید.و قال الشیخ فی المبسوط:یکره،و هو المشهور بین المتأخرین، و أطلق الصدوقان الجواز.

احتج القائلون بالجواز بالأصل،و

قوله(علیه السلام) (۱)

«إذا اختلف الجنسان فبیعوا کیف شئتم». و أن المقتضی موجود،و المانع مفقود،أما المقتضی فهو عموم أدله البیع.و أما عدم المانع فلانه لیس الا الربا و هو منفی هنا بالاخبار.

و منها ما رواه

المشایخ الثلاثه بأسانید عدیده فمنها الموثق و الصحیح عن عبید بن زراره (۲)قال:

«سمعت أبا عبد الله(علیه السلام)یقول:لا یکون الربا الا فیما یکال أو یوزن».

و ما رواه

فی الکافی عن منصور (۳)فی الموثق قال:

«سألته عن الشاه بالشاتین،و البیضه بالبیضتین،قال:لا بأس ما لم یکن کیلا أو وزنا».

و ما رواه

فی الفقیه عن داود بن الحصین (۴)

«أنه سأل أبا عبد الله(علیه السلام) عن الشاه بالشاتین،و البیضه بالبیضتین قال:لا بأس ما لم یکن مکیلا و لا موزونا».

و ما رواه

فی التهذیب عن منصور بن حازم (۵)فی الموثق عن أبی عبد الله (علیه السلام) قال:

«سألته عن البیضه بالبیضتین؟قال:لا بأس به،و الثوب بالثوبین؟ قال:لا بأس به،و الفرس بالفرسین؟قال:لا بأس به،ثم قال:کل شیء یکال أو یوزن فلا یصلح مثلین بمثل إذا کان من جنس واحد،فإذا کان لا یکال و لا یوزن فلیس به بأس اثنان بواحد».

۱- ۱) المستدرک ج ۲ ص ۴۸۰.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۴۶ التهذیب ج ۷ ص ۱۱۸ الفقیه ج ۳ ص ۱۷۵.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۱۹۱ التهذیب ج ۷ ص ۱۱۸ الفقیه ج ۳ ص ۱۷۸.

۴- ۴) الفقیه ج ۳ ص ۱۷۸.

۵- ۵) التهذیب ج ۷ ص ۱۱۹.

و ما رواه

فی التهذیب أیضا فی الموثق عن زراره (۱)عن أبی جعفر (علیه السلام) قال:

«لا بأس بالثوب بالثوبین».

و ما

فی کتاب الفقه الرضوی (۲)قال:(علیه السلام)-بعد نقل روایه عن أبیه علیه السلام-

«و سئل عن الشاه بالشاتین و البیضه بالبیضتین؟فقال:لا بأس ما لم یکن کیلا و لا وزنا،

و قال:أیضا(علیه السلام)

و لو أن رجلا باع ثوبا بثوبین،أو حیوانا بحیوانین من أی جنس یکون،لا یکون ذلک من الربا». و إطلاق الجواز فی هذه الاخبار شامل للنقد و النسیئه.

احتج القائلون بالمنع بجمله من الاخبار أیضا منها ما رواه

المشایخ الثلاثه نور الله تعالی مراقدهم فی الصحیح عن زراره (۳)

«عن أبی جعفر(علیه السلام)«قال:البعیر بالبعیرین،و الدابه بالدابتین یدا بید لیس به بأس»و زاد فی الفقیه«قال:لا بأس بالثوب بالثوبین یدا بید و نسیئه إذا و صفتهما».

و رووه أیضا بأسانیدهم،و فیها

الصحیح عن عبد الرحمن بن أبی عبد الله (۴)

«قال سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن العبد بالعبدین،و العبد بالعبد و الدراهم؟ قال:لا بأس بالحیوان کله یدا بید»،. و هما مشعران بالمنع عن النسیئه،کما یشعر إلیه الزیاده التی فی الخبر الأول.

و ما رواه

فی التهذیب فی الصحیح عن محمد بن مسلم (۵)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن الثوبین الرد بین بالثوب المرتفع و البعیر بالبعیرین،

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۱۱۹.

۲- ۲) المستدرک ج ۲ ص ۴۸۰.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۱۹۰ التهذيب ج ۷ ص ۱۱۸ الفقيه ج ۳ ص ۱۷۷.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۱۹۱ التهذيب ج ۷ ص ۱۱۸ الفقيه ج ۳ ص ۱۷۷.

۵- ۵) التهذيب ج ۷ ص ۱۲۰.

و الـدابه بالـدابتين،فقال:كره ذلک علی(علیه السـلام)فنحن نکرهه،الا أن یختلف الصـنفان،قال:فسألته عن الإبل و البقر و الغنم أو إحداهن فی هذا الباب؟قال:

نعم نکرهه». و القائلون بالجواز حملوا هـذه الاخبار علی الکراهه،و الأظهر حملها علی التقیه کما اختاره بعض مشایخنا المحققین من متأخری المتـأخرین قـال:لاـ خلاف بین العامه فی جواز بیع الحیوان بالحیوانین حالا،و انما الخلاف بینهم فی النسـیئه فـذهب الأکثر منهم الی عدم الجواز،و ذهب بعضهم الی عدم الجواز فی المعدود.

أقول:و الی ذلک یومی

خبر سعید بن یسار (1)المروی فی الکافی و الفقیه قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن البعیر بالبعیرین یدا بید و نسیئه؟فقال:

نعم لاـ بأس إذا سـمیت بالأسـنان جـذعین أو ثنیین،ثم أمرنی فخططت علی النسـیئه». فإن الظاهر من الأمر هنا بضـرب الخط علی النسیئه بعد نفی البأس انما هو لئلا یراه العامه أو لئلا ینقل عنه.

و مثله قـال فی النهـایه ذیل هـذا الخبر،«لان الناس یقولون لا»و انما فعل ذلک للتقیه انتهی،و الظاهر أنه من کلام الصـدوق رحمه الله

و روی الشیخ فی التهذیب فی الصحیح عن سعید بن یسار (2)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن البعیر بالبعیرین یدا بید و نسیئه؟قال لا بأس به،ثم قال:خط علی النسیئه». و مما ذکرنا یظهر قوه القول المشهور. (3)

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۹۱ الفقیه ج ۳ ص ۱۷۷.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۱۱۷.

۳- ۳) أقول العجب من صاحب الکفایه،فإنه قال فی صـحیحه سعید بن یسار تصریح بجواز بیع البعیر بالبعیرین نسیئه مع أن الخبر دل علی أنه (علیه السـلام)أمر بالخط علی النسیئه إیذانا بعدم الجواز،فکیف غفل عن تتمه الخبر و استدل به علی جواز البیع نسیئه و الحال کما تری،و بالجمله فالخبر ظاهر بالمنع،و لکن الجواب عنه ما ذکرنا فی الأصل منه رحمه الله.

الثالث:أن يکون أحدهما ربويا،و الأخر غير ربوی

،و لا-خلاف فی جواز بیع أحدهما بالاخر نقدا و نسیئه کیف اتفق الا مع تأجیلهما،تساویا فی الأجل أو احتلفا،لانه من قبیل بیع الدین بالدین،کما تقدم الإشاره الیه،و ان کان بعض صوره لا یخلو من المناقشه کما سیأتی إنشاء الله-تعالی-تحقیقه فی باب الدین.

المسأله الثانیه [حکم بیع الحنطه بالشعیر]

-الأظهر الأشهر أن الحنطه و الشعیر هنا جنس واحد،فلا یجوز التفاضل بینهما نقدا و لا نسیئه،و لا بیع أحدهما بالاخر نسیئه و ان تساویا، و هو مذهب الشیخین،و ظاهر الصدوق فی الفقیه.حیث رواه و لم ینکره،و سلار و أبو الصلاح و ابن حمزه.

و قال ابن الجنید:أنهما نوعان،و قال ابن أبی عقیل:و قد قیل لا یجوز بیع الحنطه بالشعیر الا مثلا بمثل سواء،لأنهما من جنس واحد،بذلک جائت بعض الآثار عنهم(علیهم السلام)ثم قال:و القول و العمل علی الأول،و الی هذا القول مال ابن إدریس،و أکثر من القولین فی ذلک،و طول بما لا معتمد علیه و لا معول.

قال:لا خلاف بین المسلمین العامه و الخاصه أن الحنطه و الشعیر جنسان مختلفان حسا و لفظا،و لا خلاف بین أهل اللغه و اللسان العربی فی ذلک،فمن ادعی أنهما کالجنس الواحد فعلیه الدلاله،و أخبار الآحاد لیست حجه،ثم لم یذهب الی هذا القول سوی الشیخ أبی جعفر و الشیخ المفید،و من قلدهما،بل جمله أصحابنا المتقدمین و رؤساء مشایخنا الماضین لم یتعرضوا لذلک،بل أفتوا و صنفوا أن مع اختلاف الجنس یجوز بیع الواحد بالاثنین،

و قوله(علیه السلام) (۱)

۱- ۱) المستدرک ج ۲ ص ۴۸۰.

«إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم». و الحنطه و الشعير مختلفان صوره و شكلا،و لونا و طعما،و إدراكا و حسا،ثم أطال بما لا يرجع الى طائل و لا يعود الى حاصل.

و جوابه فيما ادعاه من الإجماع المعارضه أولا-بدعوى الشيخ الإجماع-فى الخلاف-على خلاف ما ذكره،و ثانيا المنع من الإجماع الذى يدعيه لما عرفت، فإنه لم يذهب الى ما ذهب اليه الا ابن الجنيد و ابن أبى عقيل،و من عداهما من المتقدمين فهو اما مصرح بكونهما جنسا واحدا فى هذا الباب،أو أنه لم يتعرض لذكرهما،و ان ذكروا أن مع اختلاف الجنس يجوز البيع كيف اتفق.

فالعمل عندنا على الاخبار الوارده فى المقام السالمه من المعارض،و رده لها بأنها أخبار آحاد مردود،بأن الواجب عليه-مع رد هذه الاخبار و نحوها من اخبار الشريفه الوارده فى جمله الأحكام-هو الخروج من هذا الدين و هذه الشريعه إلى دين آخر،و شريعه أخرى،و تعلقه بالإجماع تعلق بما هو أوهن من بيت العنكبوت و انه لأوهن البيوت،كما تقدم تحقيقه فى مقدمات الكتاب فى مجلد كتاب الطهاره (1)و فى باب صلاه الجمله.

و أما الاخبار الداله على ما قلناه فمنها ما رواه

المشايخ الثلاثه(نور الله مراقدهم) عن أبى بصير (2)و غيره فى الصحيح عن أبى عبد الله(عليه السلام) قال:

«الحنطه و الشعير رأسا برأس(لا يزداد)واحد منهما على الأخر».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح أو الحسن عن الحلبى (3)عن

۱- ۱) ج ۱ ص ۳۵.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۸۷ التهذیب ج ۷ ص ۹۵ الفقیه ج ۳ ص ۱۷۸ فی الکافی و الفقیه.(لا یزاد).
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۱۸۷ التهذیب ج ۷ ص ۹۴(و لیس فیه کلمه لا یباع).

أبی عبد الله(علیه السلام) قال: «لا یباع مختومان من شعیر،بمختوم من حنطه(و لا یباع) الا مثلا بمثل و التمر مثل ذلک،قال:و سئل عن الرجل یشتری الحنطه فلا یجد عند صاحبها الا شعیرا أ یصلح له أن یأخذ اثنین بواحد؟قال:لا،إنما أصلهما واحد» و زاد فی الکافی«و کان علی(علیه السلام)یعد الشعیر بالحنطه».

و عن هشام بن سالم (۱)فی الصحیح عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«سأله رجل عن الرجل یبیع الرجل الطعام الأکرار،فلا یکون عنده ما یتم له ما باعه،فیقول له خذ منی مکان کل قفیز حنطه قفیزین من شعیر حتی تستو فی ما نقص من الکیل؟قال:لا یصلح لأن أصل الشعیر من الحنطه،و لکن یرد علیه من الدراهم بحساب ما نقص من الکیل» (۲).

و عن عبد الرحمن بن أبی عبد الله (۳)فی الصحیح قال:

«قلت لأبی عبد الله (علیه السلام):أ یجوز قفیز من حنطه بقفیزین من شعیر؟فقال:لا ـ یجوز الا ـ مثلا ـ بمثل ثم قال:ان الشعیر من الحنطه».

أقول:لعل الوجه فیما اشتملت علیه هذه الاخبار من أن الشعیر من الحنطه و أن أصلهما واحد،هو ما رواه

الصدوق بإسناده (۴)

«أن علی بن أبی طالب(علیه السلام)

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۸۷ التهذیب ج ۷ ص ۹۶.
۲- ۲) أقول قد اشتهر فی کلام الأصحاب أن لفظ(لا یصلح)من ألفاظ الکراهه کما تقدم ذکره فی غیر مقام،مع أنه هیهنا إنما أرید به التحریم قطعا، و مثله غیره من الاخبار،و الحق أن هذا اللفظ من الألفاظ المتشابهه المحتمله للحمل علی کل من المعنیین الا مع القرینه،فالاستدلال به علی الکراهه بقول مطلق مما لا وجه له.منه رحمه الله.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۱۸۸ التهذیب ج ۷ ص ۹۶.
۴- ۴) المستدرک ج ۲ ص ۴۸۱.

سئل عما خلق الله الشعیر؟فقال:ان الله(تبارک و تعالی)أمر آدم(علیه السلام)أن ازرع مما اخترت لنفسک،و جاءه جبرئیل بقبضه من الحنطه،فقبض آدم(علیه السلام) علی قبضه،و قبضت حواء علی أخری فقال:آدم(علیه السلام)لحوا لا تزرعی أنت،فلم تقبل أمر آدم،فکلما زرع آدم جاء حنطه،و کلما زرعت حواء جاء شعیرا». و به یزول الاستبعاد الذی ذکره جمله من أولئک الأمجاد.

و ما رواه

فی التهذیب فی الصحیح عن صفوان (1)

«عن رجل من أصحابه عن أبی عبد الله(علیه السلام)«قال:الحنطه و الشعیر لا بأس به رأسا برأس».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب فی الصحیح أو الحسن عن الحلبی (2)عن أبی عبد الله(علیه السلام)فی حدیث قال:

«و لا یصلح الشعیر بالحنطه إلا واحدا بواحد»الحدیث.

و ما رواه

فی التهذیب عن أبی بصیر (3)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام) عن الحنطه بالشعیر،و الحنطه بالدقیق؟فقال:إذا کان سواء فلا بأس،و الا فلا».

و عن محمد بن قیس (4)فی الصحیح عن أبی جعفر(علیه السلام):

قال:

«قال أمیر المؤمنین(علیه السلام):لا تبع الحنطه بالشعیر الا یدا بید،و لا تبع قفیزا من حنطه بقفیزین من شعیر»الحدیث.

و هذه الاخبار علی کثرتها و صحتها لا معارض لها سوای ما ذکروه من الوجوه التخریجیه العلیه التی لا یجوز التعویل علیها فی تأسیس الأحکام الشرعیه و الله العالم.

بقی الکلام هنا فی الجمع بین القاعده المتفق علیها فی کلام الأصحاب و هی

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۹۵.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۸۹ التهذیب ج ۷ ص ۹۴.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۹۵.

۴- ۴) التهذيب ج ۷ ص ۹۵.

ما عرفت آنفا من اشتراط اتحاد الجنس فی الربا-الذی هو عباره عن الحقیقه النوعیه، و لا ریب أن الحنطه و الشعیر فی غیر باب الربا جنسان،کما فی باب الزکاه و فیما لو حلف أو نذر أن لا یأکل الحنطه،فإنه لا یحنث بأکل الشعیر و نحو ذلک،و لاختلاف مفهومها لغه و عرفا،-و بین الاخبار المذکوره الداله علی وقوع الربا فیهما بمعاوضه أحدهما بالاخر،و ظاهر شیخنا الشهید الثانی فی المسالک تخصیص القاعده المذکوره بالأخبار،بمعنی أنهما جنسان لاختلاف مفهومهما لغه و عرفا،إلا فی الربا للأخبار المتقدمه فإنهما فیه من جنس واحد،و أنت خبیر بان ظاهر جمله من الاخبار المتقدمه أنهما جنس واحد مطلقا،لا بخصوص الربا،و أنه انما وقع الربا فیهما من هذه الحیثیه الثابته لهما مطلقا،کما یفسره حدیث الصدوق المذکور،لا أن اتحادهما مخصوص بالربا،و لا مناص عن الإشکال إلا بخرم القاعده المذکوره و ابطالها و قد قدمنا فی الأبحاث المتقدمه أن الواجب هو الوقوف علی موارد النصوص،و عدم الاعتماد علی قواعدهم المذکوره فی غیر موضع،و اختلاف التسمیه لا ینافی الاتحاد حقیقه،کما فی الحنطه و الدقیق،فإن الحقیقه واحده و ان اختلف الاسم.

و کأنه الی ما ذکرنا أشار فی التذکره فقال:و بالجمله الاعتماد علی أحادیث أهل البیت(علیهم السلام)و الاختصاص باسم،لا یخرج المهیه عن التماثل کالحنطه و الدقیق.انتهی.

و بالجمله ان اتحاد الاسم و اختلافه علامه غالبه مبنی علیها الحکم ما لم یحصل أقوی منها،و لهذا یعمل علی الاسم فی غیر الحنطه و الشعیر،و فیهما أیضا فی غیر باب الربا مما أشرنا إلیه آنفا و ان کانت حقیقتهما واحده،و أصلهما واحد بالنصوص المتقدمه،لکون أحکام الشرع تابعه للاسم و الإطلاق العرفی،لا الحقیقی النفس الأمری إلا مع دلیل یدل علیه،و لما دلت النصوص علی الاتحاد حقیقه و ان ذلک کاف فی باب الربا،فلا یحتاج الی اتحاد الاسم،و ان عمل علیه فی غیر ذلک و الله العالم.

المسأله الثالثه [حكم بيع الجنس بما يعمل منه]

-الظاهر انه لا خلاف فی أن كلما يعمل من جنس واحد فإنه يحرم التفاضل فيه،كالحنطه و دقيقها،إذ الطحن لا يخرجها عن الحقيقه،و كذا كل جنس مع فرعه،مثل التمر و الدبس و الرطب و العصير،و العنب و الزبيب.

و الدبس و نحو ذلک،فيجوز بيع الحنطه بدقيقها متساويا لا متفاضلا و لا نسيئه قال:فی التذكره و قد بينا أن أصل كل شیء و فرعه واحد،يباع أحدهما بالاخر متساويا لا متفاضلا،و لا يجوز نسيئه إذا كان مما يكال أو يوزن،فيجوز بيع الحنطه بدقيقها و دقيق الشعير و بسويقهما،و السويق بالدقيق عند علمائنا أجمع،و ادعى أيضا الإجماع فی الاتحاد بين الحنطه و بين جميع ما يعمل منه،حتى بينها و بين الخبز و الهريسه،و كذا بين جميع أنواع اللبن،و ما يحصل منه حتى بين الحليب و الكشک،و الكامخ.

و قال فی التذكره أيضا:يجوز بيع الحنطه بالخبز متساويا نقدا،و لا يجوز نسيه و لا متفاضلا،و يجوز بيع الخبز بالخبز يابسا و رطبا و مختلفين،و بيع الفالوذج بالحنطه،و نقل منع العامه فی الكل.

أقول:و الذی وقفت عليه من الاخبار فی هذا المقام ما رواه

فی الكافی و التهذيب فی الموثق عن سماعه (1)قال:

«سألته عن الحنطه و الدقيق؟فقال:إذا كانا سواء فلا بأس».

و ما رواه أيضا

عن محمد بن مسلم (2)فی الصحيح عن أبی جعفر(عليه السلام) قال:

«قلت:ما تقول فی البر بالسويق؟فقال:مثلا بمثل لا بأس به،قلت:انه يكون له ريع أو يكون له فضل،فقال:أ ليس له مؤنه؟قلت:بلى قال:هذا بذا،و قال:

إذا اختلف الشيئان فلا بأس مثلين بمثل يدا بيد». قال فی الوافی:لعل مراد السائل أن البر له ريع أن فيه فضل،لانه يزيد إذا أخبز،بخلاف السويق.

١- ١) الكافی ج ۵ ص ١٨٨ التهذيب ج ٧ ص ٩۵.

٢- ٢) الكافی ج ۵ ص ١٨٩ التهذيب ج ٧ ص ٩۵.

أقول:بل الظاهر انما هو أنه متى بیع أحدهما بالاخر کیلا،لأنهما من المکیلات (۱)فإن الحنطه تکون أثقل،و السویق و هو الدقیق المقلو أخف،فیحصل الربع و الزیاده فی الحنطه،و لهذا قیل:بالمنع هنا،و المشهور الجواز،فأجاب (علیه السلام)بأن هذه الزیاده فی مقابله مؤنه طحنه إذا طحن لیکون دقیقا،فیکون فی قوه دقیق بدقیق متساویین.

و ما رواه

فی الکافی فی الصحیح عن زراره و محمد بن مسلم (۲)عن أبی جعفر (علیه السلام) قال:

«الحنطه بالدقیق مثلا بمثل،و السویق بالسویق مثلا بمثل و الشعیر بالحنطه مثلا بمثل لا بأس به».

و ما رواه

فی التهذیب و الفقیه فی الصحیح عن زراره (۳)عن أبی جعفر (علیه السلام) قال:

«الدقیق بالحنطه و السویق بالدقیق مثلا بمثل لا بأس به».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن سماعه فی الموثق (۴)قال:

«سئل أبو عبد الله(علیه السلام)عن العنب بالزبیب؟قال:لا یصلح الا مثلا بمثل،قلت:و التمر و الزبیب،قال:مثلا بمثل». و فی التهذیبین علی ما نقله فی الوافی«قلت و الرطب و التمر»قال:و هو الصحیح،لجواز اختلاف الوزن فی غیر الجنسین کما صرح

۱- ۱) أقول:لا خلاف بینهم فی أن الحنطه فی زمنه(صلی الله علیه و آله) أنه من المکیل،و أما الدقیق فقیل:انه من الموزون،و الذی صرح به جمله من المحققین منهم المحقق الأردبیلی أنه کان مکیلا،قال:و الظاهر کونها فی زمانه مکیلا کذلک،کما نقل ذلک فی الحنطه بالإجماع انتهی منه رحمه الله.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۸۹.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۹۴ الفقیه ج ۳ ص ۱۷۸.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۱۹۰ التهذیب ج ۷ ص ۹۷.

به فی الحدیث الأخر،و أشار به الی ما ذکره الکلینی علی أثره الخبر المذکور قال:و فی حدیث آخر بهذا الاسناد«قال:المختلف مثلان بمثل یدا بید لا بأس به».

و عن أبی الربیع (۱)قال:

«قلت لأبی عبد اللّه(علیه السلام):ما تری فی التمر و البسر الأحمر مثلا بمثل؟قال:لا بأس،قلت:و البختج و العصیر مثلا بمثل؟ قال:لا بأس به».

أقول:و البختج العصیر المطبوخ،و هو معرب الپخته.

أقول:دلت هذه الاخبار علی أن الحنطه و الدقیق و السویق متحده،و کذلک العنب و الزبیب،و العصیر مطبوخا أو غیر مطبوخ نوع واحد،و یمکن إلحاق ما عداها من فروع کل منهما،کما ذکره العلامه بالتقریب المتقدمه فإنها کلها متفرعه من الحنطه و العنب،و علی هذا القیاس غیرهما من سائر الأنواع و فروعها.

الا ان فی المقام إشکالا أشار إلیه المحقق الأردبیلی(قدس سره)و لا بأس بنقل کلامه،قال بعد ذکر کلام العلامه هنا و نقل بعض أخبار المسأله ما ملخصه:لکن فیه تأمل من حیث عدم انطباقه علی القوانین،من حیث أنه لا یصدق علی الکل اسم خاص و أن له حقیقه واحده،و لهذا لو حلف شخص أن لا یأکل أحدهما لا یحنث یأکل الأخر،فیحتمل أن یکونا جنسین،و جواز بیع أحدهما بالاخر یکون کذلک، و یکون الشرط للکراهه مع عدمه کما مر فی سائر المختلفات.

و یمکن أن یقال:الضابط أحد الأمرین اما الاتفاق فی الحقیقه،أو الاتحاد فی الاسم،و هنا الأول،و لم یتحقق الثانی،و فیه تأمل.

و من حیث إنه لا شک أن الحنطه إذا جعلت دقیقا تزید،و هو ظاهر،و دلت علیه صحیحه محمد بن مسلم المتقدمه و انطباق الوجه المذکور فیها علی قواعدهم

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۹۰ التهذیب ج ۷ ص ۹۸.

يحتاج إلى التأمل،فلا ينبغى صحه بيع أحدهما بالاخر متساويا أيضا،للزياده كما فى اليابس من جنس بآخر رطبا،مثل الرطب و التمر و العنب و الزبيب كما سيجىء فلا ينبغى النظر الى مثل هذه الزياده فى وقت آخر بتبديل و تغيير،مع أنه معتبر عندهم كما سمعت فى الرطب و التمر فتأمل فى الفرق.

و من حيث إن الظاهر كونهما من المكيل فى زمانه(صلى الله عليه و آله) كما نقل ذلك فى الحنطه بالإجماع،على أنه يمكن أن يختار الوزن،لأنه أصل، و يجوز بيع المكيل به،لإجماع المنقول-فى شرح الشرائع-على جواز بيع الحنطه بالوزن مع كونه مكيلا بالإجماع،و لكن الظاهر أنه تحصل الزياده فى الحنطه على الدقيق بعد الطحن،فان اختار الوزن تحصل هذه باعتبار الكيل،و ان اختار الكيل تحصل الزياده باعتبار الوزن،و هو ظاهر،فيمكن التوجيه بما تقدم و لعل الأول أولى،و الاجتناب أحوط.انتهى كلامه، (زيد مقامه).

أقول:منشأ هذه الإشكالات مراعاه القوانين التى صرحوا بها فى هذا الباب من اشتراط اتحاد الجنس،و أن الجنس،عباره عما ذا و احتمال كون الاتحاد و الاختلاف بالنظر الى الحقيقه الأصليه و ان اختلفت أسماء أفرادها،أو أنه لا بد من الاتحاد فى الاسم،لدوران الأحكام الشرعيه فى جمله من المواضع مداره،و الظاهر عندى من الاخبار الوارده فى هذا الباب هو أن المراد انما هو الأول،و هو الاتحاد فى الحقيقه و ان تعددت أسماء أفرادها،لقوله(عليه السلام)فى اخبار بيع الشعير بالحنطه:

«أصلهما واحد»و قوله:«ان الشعير من الحنطه»،و منعهم(عليهم السلام)فى الاخبار المتقدمه هنا من التفاضل فى العنب و ما خرج منه و تفرع عليه من زبيب و عصير و دبس،و كذا الحنطه و ما تفرع عليها من دقيق و سويق و خبز و نحو ذلك، و هكذا فى التمر و الرطب الدبس و نحو ذلك،فيصير كل من هذه الأصول و ما تفرع منه نوعا واحدا،و حقيقه واحده و ان تعددت الأسماء،فإنه لا عبره بتعددها

ص :٢٣٨

فی هذا الباب و ان اعتبر ذلک فی غیره من سائر أبواب الفقه،و دارت الأحکام مدار التسمیه.

و یعضد ما ذکرنا ما رواه

ثقه الإسلام فی الکافی عن علی بن إبراهیم (۱)عن رجاله فی جل من المعاوضات،قال فیه ما صورته:

و ما کیل أو وزن مما أصله واحد فلیس لبعضه فضل علی بعض کیلا بکیل،أو وزنا بوزن،فإذا اختلف أصل ما یکال فلا بأس به اثنان بواحد یدا بید و یکره نسیئه،الی ان قال:و ما کان أصله واحدا و کان یکال أو یوزن فخرج منه شیء لا یکال و لا یوزن فلا بأس به یدا بید، و یکره نسیئه،و ذلک کالقطن و الکتان فأصله یوزن و غزله یوزن،و ثیابه لا توزن فلیس للقطن فضل علی الغزل،و أصله واحد،فلا یصلح الا مثلا بمثل وزنا بوزن فإذا صنع منه الثیاب صلح یدا بید و الثیاب لا بأس الثوبان بالثوب». الی آخره و ظاهر الکلینی القول بذلک حیث نقله و لم ینکره و لم یتعرض لرده بل حمل علیه،و بذلک یظهر صحه ما ذکرناه.

و اما التمسک بأنه لو حلف ان لا یأکل أحدها فإنه لا یحنث بأکل الأخر فإنه مردود بما قلناه،من اختصاص هذا الحکم بباب الربا کما سمعت من أخباره،و أما ما عداه فإنه لا نزاع فی ترتب الأحکام و دورانها مدار صدق الاسم،و به یظهر ضعف ما ذکره فی الحیثیه الاولی.

و أما ذکره فی الحیثیه الثانیه من أن الحنطه بالدقیق مستلزم للربا للزیاده فی الحنطه،فهو مسلم،الا أن أکثر الأخبار المتقدمه قد دل علی الجواز،و لا مجال لردها مع صحتها و صراحتها،و لعل الزیاده علی هذا الوجه غیر ملتفت إلیها،علی أنه(علیه السلام)قد أجاب عن ذلک بأن هذه الزیاده فی مقابله المؤنه فی طحن الحنطه،کما قدمنا ذکره.

و اما قوله:و انطباق الوجه المذکور فیها علی قواعدهم یحتاج إلی التأمل،

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۹۲.

فـان فيه أولاـ-مـا قـدمنا ذكره-ان من الواجب الوقوف على مـا دلت عليه الاخبار وافقت قواعـدهم أو خالفتها،و عـدم ظهور وجه الفرق-بين هـذه الصـوره،و بين بيع الرطب بـالتمر،من حيث حصول الزيـاده الحكيمه فى الموضـعين،و اليه أشـار بقوله فتأمـل فى الفرق-لاـ يـدل على العـدم،بـل يمكن ان يجعـل مـا ذكره(عليه السـلام)وجه فرق، بـأنه و ان حصـلت الزيـاده الحكميه فى ذلك الوقت،الاـ انه بعـد صـيروره الحنطه دقيقـا،و ظهور الزياده على ذلك الـدقيق المقابل حسا،فان هـذه الزياده تكون فى مقابله أجره الطحن.

و ثانيـا أنه من الجـائز عـدم الالتفـات الى مثل هـذه الزياده الحكميه كما أشار إليه بقوله فلا ينبغى النظر الى مثل هـذه الزياده فى وقـت آخر،بـل المعتـبر فى الزيـاده -المـوجبه للربـا-انمـا هى الزيـاده الحسـيه حـال الكيـل و الـوزن،و حينئـذ يحمـل تعليله (عليه السلام)على أنه تعليل اقناعى لرفع استبعاد المخالفين.

و أما مسأله الرطب بالتمر-الموجبه لـدخول الشـبهه هنا-فسـيأتى الكلام فيها إنشاء الله-تعالى-و نقل الخلاف فيها،و بيان أن جمله من الأصـحاب حملوا الأخبار الوارده فيها على الكراهه دون التحريم،و بعض الأصـحاب قصر الحكم على مورد النص من الرطب بالتمر خاصه،فلا يتعدى الى غيره.

و بـذلك يظهر لـك مـا فى قوله،مع أنه معتبر عنـدهم فى الرطب و التمر، و بـالجمله فـالواجب الوقوف على النص و العمـل به،و ارتكاب التأويل بما يرجع به الى غيره من نصوص المسأله،و هو حاصل بما ذكرناه.

و بما أوضـحناه يظهر لك ايضا ما فى كلام المحقق المتقدم ذكره فى شـرح قول المصـنف،«و الشـىء و أصـله كالزبد و الثمن و اللبن،»حيث قال:قد مر بيانه و ان كان فيه تأمل من جهه عدم الاتحاد الاسم و الخاصيه،فلو لا الإجماع

المفهوم من التذكره لأمكن القول بالاختلاف،الى ان قال:إذ الدليل على الكليه غير واضح،لانه ما وجد شىء صحيح صريح فى الكليه،و الاسم غير صادق،و الاختلاف ممكن حقيقه،بل هو الظاهر لاختلاف الخواص،مثل الخل و التمر،و الجبن و الحليب، و يؤيده ما فى

صحيحه عبد الرحمن (۱)بن ابى عبد الله قال:

«سألت أبا عبد الله (عليه السلام)عن بيع الغزل بالثياب(المنسوجه)و الغزل أكثر وزنا من الثياب، قال:لا بأس». ،الى ان قال:و بالجمله الدليل غير قائم على الاتحاد بين الشىء الربوى و أصله كليه،بل قائم على عدمه،و الأصل و أدله إباحه البيع دليل الجواز،الا ان كلام الأصحاب ذلك،فالخروج عنه مشكل،و الاحتياط يقتضيه،و المسأله من المشكلات كلها محلها،و قد ادعى الإجماع فى أكثرها،حتى بين الحليب و اللبن و الكشك و الكامخ،و الحنطه و الخبز،بجميع أنواعه و الهريسه فما ثبت الإجماع فيه لا يمكن الخروج عنه،و ظاهر التذكره الإجماع فى كل أصل مع فرعه،و فرع كل أصل مع آخر فتأمل انتهى.

أقول:انه و ان لم يوجد هنا نص على الكليه المذكوره كما ذكره و لكن لا يخفى ان ما أشرنا إليه من النصوص الوارده هنا و ان كان موردها جزئيات مخصوصه، الا ان الحكم فيها ليس مقصورا على تلك الجزئيات،لعدم الخصوصيه،بل يتعدى الى ما ضاهاها،و إذا ضم إليها ما نقلناه عن الثقه الجليل على بن إبراهيم من الكلام الذى نقله عن مشايخه،و عليه اعتمد أيضا ثقه الإسلام،إذ من المعلوم ان نقله له فى كتابه ليس الا بقصد الإفتاء و العمل عليه،كالاخبار التى نقلها فى ذلك الكتاب، و من الظاهر الواضح الظهور ان هؤلاء الأجلاء الذين هم من أرباب النصوص لا يذكرون هذا الكلام و يفتون به الا مع ظهوره لهم عن أهل العصمه(صلوات الله عليهم)

ص:۲۴۱

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۱۹۰ التهذيب ج ۷ ص ۱۲۰ و فى الكافى(المبسوطه) بدل المنسوجه.

و هذا مما لا يختلجه الشك و الريب،و الكلام المذكور صريح فى الكليه المذكوره، فلا مجال للتوقف فيه،و اما إيراده صحيحه عبد الرحمن فى بطلان الكليه المذكوره، فقد ظهر جوابه من كلام على بن إبراهيم المتقدم الدال على ان الفرع الملحق بأصله فى هذا الباب انما هو إذا كان مثله فى كونه مكيلا أو موزونا مثل أصله و الثياب ليست كذلك،كما صرح به،فلا ورود لما أورده(قدس سره)هذا كله فيما:

يعمل من جنس واحد،كما تقدم فى صدر المسأله،فلو كان من جنسين فإنه لا اشكال و لا خلاف فيما أعلم فى جواز بيعه بهما،و ينصرف كل جنس من الثمن الى ما يخالفه من المبيع،و من أجل ذلك لا يشترط مساواه جمله الثمن للمبيع قدرا،و لا يعتبر معرفه كل واحد من الجنسين،بل يكفى معرفه المجموع،و يجوز أيضا بيعه بأحدهما،و يشترط هنا زيادته على مجانسه زياده تموله،بحيث يمكن فرض كونهما ثمنا فى بيع ذلك الجنس الأخر لو بيع منفردا و ان قلت و فى حكم المعمول من جنسين ما لو ضم أحدهما إلى الأخر،و باعهما فى عقد واحد و ان تميزا لتساوى الفرضين فى العله المسوغه للبيع و الله العالم.

المسأله الرابعه [فى بيع الرطب بالتمر و كل رطب بيابسه]

-اختلف الأصحاب فى بيع الرطب بالتمر،بل كل رطب بيابسه،فقال الشيخ فى النهايه:لا يجوز بيع الرطب بالتمر،مثلا بمثل،لأنه إذا جف نقص،و لا يجوز بيع العنب بالزبيب الا مثلا بمثل،و تجنبه أفضل،و قال فى الخلاف:لا يجوز بيع الرطب بالتمر،فأما بيع العنب بالزبيب أو ثمره رطبه بيابسها مثل التين الرطب بالجاف،و الخوخ الرطب بالقديد،و ما أشبه ذلك فلا نص لأصحابنا فيه،و الأصل جوازه لان حملها على الرطب قياس،و نحن لا نقول به.

و قال فى المبسوط:لا يجوز بيع الرطب بالتمر،لا متفاضلا و لا متماثلا على حال،و كذا الخبز لا يجوز بيع لينه بيابسه،لا متماثلا و لا متفاضلا،ثم قال فى موضع آخر منه:بيع الرطب بالتمر لا يجوز إذا كان حرضا مما يؤخذ منه،فأما إذا كان تمرا موضوعا على الأرض فإنه يجوز،و أما بيع العنب بالزبيب،و الكمثرى الرطب

و التین الرطب بالمقدد منه و ما أشبه ذلک،فلا نص لأصحابنا فیه،و الأصل جوازه لقوله تعالی (۱)«وَ أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ» ثم قال:و لا یجوز بیع الحنطه المبلوله بالجافه وزنا مثلا بمثل،لانه یؤدی الی الربا لان مع أحدهما ماء فینقص إذا جف،و التفاضل لا یجوز لفقد الطریق الی العلم بمقدار الماء،و قال فی الاستبصار:ان بیع الرطب بالتمر،مکروه لا محرم.

و قال ابن ابی عقیل:لا یجوز بیع التمر الیابس بالرطب،و لا الزبیب بالعنب، لان الزبیب و التمر یابسان،و الرطب و العنب رطبان،و إذا یبسا نقصا،و کذا الفاکهه الیابسه بالفاکهه الرطبه،مثل التمر بالرطب.

و قال ابن الجنید:لا یشتری التمر الیابس بالرطب،لنهی النبی(صلی الله علیه و آله)عن ذلک،و هذا فی الفاکهه و غیرها من اللحم إذا کان من جنس واحد، و سواء کان جفافه بالنار أو الهواء.

و قال ابن البراج:لا یجوز بیع الرطب بالتمر مثلا بمثل،و لا غیر ذلک، و قال ابن حمزه:لا یجوز بیع الرطب بالتمر و لا العنب بالزبیب،لا متماثلا و لا متفاضلا.

و قال ابن إدریس:قول الشیخ:لا یجوز بیع الرطب بالتمر مثلا بمثل،-لأنه إذا جف نقص-غیر واضح،بل یجوز ذلک،و مذهبنا ترک التعلیل و القیاس،لانه کان یلزم علیه أنه لا یجوز بیع رطل من العنب برطل من الزبیب،و هذا لا یقول به أحد من أصحابنا بغیر خلاف،و أیضا لا خلاف أن بیع الجنس بالجنس مثلا بمثل جائز سائغ،و المنع منه یحتاج الی دلیل،و قوله تعالی (۲)«وَ أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبٰا» قال:و قد رجع شیخنا عما ذکره فی نهایته فی الثالث من استبصاره فقال:

۱- ۱) سوره البقره الآیه ۲۷۵.

۲- ۲) سوره البقره الآیه-۲۷۵.

الوجه فی هذه الاخبار ضرب من الکراهه دون الحظر.

و قال العلامه فی المختلف:المعتمد تحریم کل رطب مع یابسه الا العریه.

و قال فی الدروس:و ماله حالتا جفاف و رطوبه یباع مع اتفاق الحال،و لو اختلف الحال فالمشهور منع بیع الرطب بالتمر متساویا و متفاضلا للروایه.

و قال فی الاستبصار:-و تبعه ابن إدریس-بالجواز متساویا علی الکراهه، لعدم التصریح فی الروایه،و أما العنب بالزبیب و نحوه مما ینقص عند الجفاف فبعض من منع هناک فیه جوز هنا متماثلا فی القدر،و منع منهما ابن الجنید و الحسن و ابن حمزه و الفاضل،و هو أولی،و ظاهره التوقف فی مسأله بیع الرطب بالتمر،حیث اقتصر علی نقل الخلاف خاصه،و حکمه بالأولویه فیما عدا ذلک.

و قال المحقق فی الشرائع:و فی بیع الرطب بالتمر تردد،و الأظهر اختصاصه بالمنع،اعتمادا علی أشهر الروایتین.

و قال فی المسالک-بعد نقل بعض أخبار المسأله المشتمله علی عله التحریم:

و الأقوی التحریم و التعدیه الی کل ما فیه العله المذکوره،هذا ما حضرنی من أقوالهم.

و أما الاخبار الوارده فی المقام فمورد أکثرها الرطب بالتمر،و منها ما رواه

الکلینی و الشیخ فی الصحیح أو الحسن عن الحلبی (۱)عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«لا یصلح التمر الیابس بالرطب،من أجل أن التمر یابس و الرطب رطب، فإذا یبس نقص»الحدیث.

و صحیحه محمد بن قیس (۲)عن ابی جعفر(علیه السلام)فی حدیث

«أن أمیر المؤمنین(علیه السلام)کره أن یباع التمر بالرطب عاجلا،بمثل کیله إلی أجل من أجل أن التمر ییبس فینقص من کیله».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۸۹ التهذیب ج ۷ ص ۹۴.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۹۶.

و روایه داود بن سرحان (۱)عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«لا یصلح التمر بالرطب،ان الرطب رطب و التمر یابس،فإذا یبس الرطب ینقض».

و روایه داود الأبزاری (۲)عن ابی عبد الله(علیه السلام) قال:

«سمعته یقول:لا یصلح التمر بالرطب التمر یابس و الرطب رطب».

و موثقه سماعه (۳)قال:

«سئل أبو عبد الله(علیه السلام)عن العنب بالزبیب؟ قال:لا یصلح الا مثلا بمثل،قلت:و الرطب و التمر قال:مثلا بمثل». هکذا فی روایه الشیخ الخبر المذکور فی التهذیبین.و فی روایه الکلینی له،جعل عوض«و الرطب و التمر»«و التمر و الزبیب»و روایه الشیخ أصح،لأنه مع اختلاف الجنسین لا بأس باختلاف الوزن،

و روایه أبی الربیع (۴)قال:

«قلت لأبی عبد الله(علیه السلام) ما تری فی التمر و البسر الأحمر مثلا بمثل؟قال:لا بأس به،قلت:فالبختج و العصیر مثلا بمثل؟قال:لا بأس به».

أقول لا یخفی أنهم فی غیر موضع من الأحکام متی ورد بلفظ«لا یصلح أو یکره» فإنما یحملونه علی الکراهه بالمعنی الأصولی دون التحریم،کما تقدم ذکره فی غیر موضع،و قد تقدم التحقیق منا فی غیر موضع (۵)أن الحق أن هذه الألفاظ و نحوها

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۹۰ الاستبصار ج ۳ ص ۹۳.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۹۰ الاستبصار ج ۳ ص ۹۳.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۱۹۰ التهذیب ج ۷.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۱۹۰ التهذیب ج ۷ ص ۹۷.

۵- ۵) أقول:و أما ما ذکره المحقق الأردبیلی-حیث أنه اختار التحریم فی الجمیع،من أن الظاهر أن«الکراهه»بمعنی التحریم،لما مر أن علیا(علیه السلام)لا یکره الحلال حقیقه-أنه من الظاهر الذی لا یمکن إنکاره- کما لا یخفی علی المتتبع بالاخبار،وورود الکراهه فی الاخبار بالمعنیین المذکورین،و مجرد ورود الکراهه بمعنی التحریم فی بعض الاخبار لا یقتضی حملها هنا علی التحریم،بل غایه الأمر أن یکون محتمله للأمرین، و هو قد صرح أیضا بأن«الکراهه و لا یصلح»انما یستعمل غالبا فی المباح، فکیف یکون الظاهر هنا هو التحریم،ما هذه إلا مجازفه ظاهره،کما لا یخفی علی المتأمل المنصف. (منه رحمه الله).

من الألفـاظ المتشابهه،لوقوعها فی الاخبار بمعنی التحریم تاره،و بمعنی الکراهه بالمعنی الأصولی أخری،فالأخبار المـذکوره غیر صریحه فی التحریم،فلاـ یمکن الخروج بهـا عن أدله الجواز من الأصـل،و عموم مـا دل علی جواز البیع کتابـا و سنه،و خصوص موثقه سـماعه و روایه أبی الربیع المذکورتین و کذا ما دل علی صحه البیع مع تماثل الجنسین الربویین فی الوزن مطلقا،و بذلک یظهر أن ما ذکر-من أن هـذه الروایات صحیحه لا تعارضـها روایه سـماعه و لا روایه أبی الربیع-لیس فی محله،لأنها و ان کانت صحیحه،الا أنها غیر صریحه فی المطلوب لما عرفت،سیما مع اعترافهم فی غیر موضع بـذلک،کما ذکرناه،فکیف یستندون الی هذه الألفاظ فی التحریم هنا،و مجرد کثرتها و تعددها و صحه أسانیدها لا تکون قرینه علی التحریم.

و الظاهر أنه لأجل مـا ذکرنـا اختار فی الکفـایه الکراهه،وفاقـا للشیخ فی کتـابی الاخبـار،و ابن إدریس،و هو ظاهر الشـهید فی الـدروس،و أما تعـدیه الحکم الی غیر الرطب و التمر بنـاء علی ثبوت التحریم فیهمـا،فهو مبنی علی حجیه العله المنصوصه، و فی ذلک کلام تقدم فی مقدمات الکتاب فی صدر مجلد کتاب الطهاره (۱).

و کیف کان فالمسأله هنا لا تخلو من شوب الاشکال،و الاحتیاط مطلوب فیها علی کل حال و الله العالم.

المسأله الخامسه [فی أن کل شیء و ما تفرع منه واحد]

-قـد عرفت ممـا تقـدم أنه من المقرر فی کلاـمهم أن کـل شـیء و مـا تفرع منه جنس واحـد،و کلما اشترک فی الـدخول تحت حقیقه من الحقـائق فهو جنس واحـد، فـالعنب و التمر و مـا یخرج منهما و یتفرع علیهما جنس واحـد،و هکـذا الحنطه و ما یتفرع علیهـا جنس واحـد،و منه الشـعیر کمـا تقـدم و لحم المعز و الضـأن جنس واحـد،لـدخولهما تحت لفـظ الغنم،و البقر و الجاموس عنـدهم جنس واحـد،لـدخولهما تحت جنس البقر، و العراب و هی الإبل العربیه،و البخاتی و هی الإبل الخراسانیه جنس واحـد و الطیور عندهم أجناس فالحمام کله (۲)جنس علی قول.

ص: ۲۴۶

۱- ۱) ج ۱ ص ۶۳.

۲- ۲) قیـل:وجه الخلاـف هنـا هـو الشـک فی أن مقـولیه الحمـام علی مـا تحته مقولیه النوع علی أصـنافه أو مقولیه الجنس علی أنواعه،فعلی الأـول یحرم بیع بعضـها ببعض مطلقـا،و علی الثـانی یختص کل نوع بحکمه،و لما کان الوقوف علی ذاتیات الحقائق عسیرا جدا و لم یمکن من جهه الشـرع قاطع لشـیء،حصل الخلاف،و بهذا یحصل الفرق بین أفراد الحمام، و أفراد البقر بالنسبه إلی الجـاموس،فـإنه قـد ثبت شـرعا أنهمـا نوع واحـد، تعـدهما فی بـاب الزکاه کـذلک،و کیف کان فینبغی أن یعلم أن الربا فی الحمام و نحوه من الطیر انما هو فی لحمه إذا بیع وزنا،و الا فلو بیع عـددا أو جزافا فلا،الا علی القول بحصول الربا فی المعدودات أیضا. (منه رحمه الله).

و قیل:ما یختص من أنواعه باسم فهو جنس مغایر،و اللحوم مختلفه باختلاف أسماء حیواناتها،و الألبان تتبع الحیوان فی التجانس و الاختلاف،و الادهان تتبع ما یستخرج منه،و الزبد و السمن و الحلیب و المخیض و الأقط واحد،تابع لما یستخرج منه،و الخلول تابعه لأصولها،فخل التمر مخالف لخل العنب،قالوا و الوحشی من الحیوانات مخالف لانسیه،و قد ادعی فی التذکره الإجماع علی أکثر هذه الأحکام،فان ثبت،و الا فللنظر فی بعضها مجال.

و من ذلک لحوم البقر و الجاموس،و دعوی أنهما جنس واحد،لدخولهما تحت لفظ البقر،کما یدل علیه کلام أهل اللغه،فلو لا الاتفاق علی ذلک لأمکن المناقشه بالنظر الی العرف،فإنه یأبی ذلک،مع أنه مقدم علی اللغه عندهم،و مما یؤید کونهما نوعا واحدا ضم أحدهما إلی الأخر فی الزکاه،و جعلهما جنسا واحدا، و من ذلک الحکم بأن الوحشی من الحیوانات مخالف لانسیه،مع اندراجهما تحت لفظ واحد و حقیقه واحده،و هی المدار فی الاتحاد،و اختلاف الصور و الخواص و نحو ذلک قد تقدم أنه غیر منظور و لا معتبر،کما فی الشعیر و الحنطه و غیرهما.

ص :۲۴۷

المسأله السادسه [فی حکم بیع اللحم بالحیوان]

-قال الشیخ فی النهایه:لا یجوز بیع الغنم باللحم لا وزنا و لا جزافا،و کذا قال المفید و سلار و ابن البراج،و فی الخلاف و المبسوط:

لا یجوز بیع اللحم بالحیوان إذا کان من جنسه،کلحم الشاه بالشاه،و لحم البقر بالبقر،و ان اختلف لم یکن به بأس،و کذا قال ابن حمزه،و هو مذهب ابن الجنید أیضا،و قال ابن إدریس:یجوز ذلک إذا کان اللحم موزونا،سواء اتفق الجنس أولا یدا بید،و سلفا أیضا ان کان اللحم معجلا،دون العکس،إذ لا یجوز السلف فی اللحم،و یجوز فی الحیوان.

قال فی المختلف بعد نقل ما ذکرناه،و الأقرب الأول،لنا أنه أحوط و أسلم من الربا،و لانه قول من ذکرنا من علمائنا،و لم نقف لغیرهم منا علی مخالف، و ابن إدریس قوله محدث لا یعول علیه،و لا یثلم فی الإجماع،و لان الشیخ احتج علیه فی الخلاف بإجماع الفرقه-و نقله حجه لثقته و عدالته و معرفته،-و بما رواه

غیاث ابن إبراهیم (۱)فی الموثق عن الصادق(علیه السلام)

«أن أمیر المؤمنین(علیه السلام) کره اللحم بالحیوان». لا یقال:ان غیاث ابن إبراهیم بتری و المتن غیر دال علی المطلوب،إذ الکراهه لا تدل علی التحریم،لأنا نقول:ان غیاثا و ان کان بتریا (۲)الا أن أصحابنا وثقوه،فیغلب علی الظن ما نقله،و الظن یجب العمل به،و الکراهه تستعمل کثیرا فی التحریم.

احتج ابن إدریس بأن المقتضی-و هو قول الله تعالی (۳)«أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ» -موجود،و المانع-و هو الربا-منفی،لأن الربا انما ثبت فی الموزون،و الحیوان الحی لیس بموزون،و الجواب المنع من نفی المانع،و من کون المانع هو الربا خاصه،و لو قیل:بالجواز فی الحیوان الحی دون المذبوح جمعا بین الأدله کان

ص :۲۴۸

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۹۱.

۲- ۲) و فی الجمع:البتریه بضم الموحده فالسکون فرق من الزیدیه.

۳- ۳) سوره البقره الآیه-۲۷۵.

قویا.انتهی کلامه زید إکرامه.

أقول:هذا کلامه هنا،و فی التحریر اختار الجواز،استضعافا للروایه المذکوره،و فی الإرشاد قال:و یجوز بیع لحم الغنم بالشاه علی رأی،ثم انه لا یخفی ما فی کلامه هنا من المجازفه و الضعف الظاهر لکل ناظر،و ما ذکره ابن إدریس هو الموافق للقواعد الشرعیه،و الروایه ینبغی حملها علی الکراهه بالمعنی المصطلح،کما هو أحد معنییها فی الاخبار،لعدم ظهور الموجب للتحریم،و أصاله الصحه أقوی مستمسک فی المقام.

و من ثم ان العلامه فی آخر کلامه قد عدل عما ذکره أولا و سجل به، و قوله:و لو قیل:-مع أن هذا قول ابن إدریس-لا معنی له،الا أن یرید من المتقدمین، و الظاهر أن مراده ذلک،حیث انهم لا یعتبرون بأقوال المعاصرین،و انما یعولون علی أقوال المتقدمین،کما یشعر به کلامه،و ظاهر کلامه-قدس سره-فی هذا المقام أن محل الخلاف هنا هو الحیوان الحی مع اللحم،کما هو صریح کلام ابن إدریس، و یشیر الیه قوله-هنا-(و لو قیل)،الی آخره.

و ظاهر المحقق الأردبیلی فی شرحه علی الإرشاد أن محل الخلاف انما هو الشاه المذبوحه،قال:ینبغی عدم الخلاف بالجواز بالشاه حال حیاتها متفاضلا،و نسیئه، و الخلاف بعد الذبح مع أحد الأمرین،فمن حیث أن العاده بیعها بالوزن بعده فیتحقق شرط الربا و هو الجنسیه و الوزن هنا،و من حیث أن المذبوح لیس یتعین بیعه بالوزن،لعدم تحقق ذلک عاده،بل الظاهر جواز بیعه حینئذ جزافا،فلیس بموزون،-الی أن قال-:و بالجمله لو ثبت أن بیع الحیوان المأکول بعد الذبح لا یجوز الا وزنا لا یجوز باللحم من جنسه متفاضلا و نسیئه،و الا فلا.

أقول:فیه زیاده علی ما تقدم أن ظاهر کلام الأصحاب أن الحیوان بعد الذبح لا یباع الا بالوزن،و أنه لیس محل خلاف کما ادعاه،مع أن کلامه فی المقام لا تخلو

ص:۲۴۹

من تـدافع،لأنه فى الحيثيه الأولى ذكر أن العاده بيعه بالوزن بعـد الذبـح،و بنى التحريم على ذلك،و فى الحيثيه الثانيه نفى عـدم تحقق ذلك عاده،و بنى عليه الجواز، و هل هو الا تناقض ظاهر كما لا يخفى على كل ناظر،فضلا عن الخبير الماهر.

ثم ان ممن اختلف كلامه فى هذه المسأله أيضا المحقق،فقال:فى الشرائع، بالتحريم،و فى النافع.بالكراهه كما ذهب اليه ابن إدريس،و هذا القول الأخير هو الذى نقله عنه فى نكت الإرشاد،و قال فى المسالك-بعد قول المصنف«و لا يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه»الى آخره:-هذا هو المشهور بين الأصحاب،و خالف فيه ابن إدريس فحكم بالجواز،لان الحيوان غير مقدر بأحد الأمرين و هو قوى مع كونه حيا،و الا فالمنع أقوى،و الظاهر أنه موضع النزاع انتهى.

و هو مؤيد لما قدمنا ذكره،و تنظر صاحب الكفايه فيه لعله مبنى على ما ذكره الأردبيلى مما قدمنا نقله عنه،و قد عرفت ما فيه.

و بالجمله فالتحقيق أن كلام المتقدمين و من تبعهم من المتأخرين شامل للحيوان الحى و المذبوح،كما هو ظاهر كلام العلامه فى المختلف،فى رده على ابن إدريس،حيث التجأ إلى جواز أن يكون المانع أمر آخر غير الربا،و مثله الشهيد فى نكت الإرشاد، (1).

ص: 250

1- 1) أقول:قال الشهيد فى نكت الإرشاد-بعد قول المصنف و يجوز بيع اللحم بالشاه على رأى-ما لفظه:هذا مذهب ابن إدريس و نجم الدين، و زاد ابن إدريس جواز إسلاف اللحم فى الحيوان لا العكس،لعموم «أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ» و لان الربا انما هو فى الموزون و المكيل،و ظاهر أن الشاه ليست أحدهما،و أجيب بأن العام يخصص بدليل،و بمنع اختصاص الربا بما ذكره،و نمنع أنه من باب الربا،بل هو محرم لعله،لا من جهه الربا،ثم نقل مذهب الشيخين و من تبعهما،و ذكر احتجاج العلامه، و ظاهره التوقف،حيث اقتصر على نقل الأقوال،و لم يوضح شيئا و قال فى الدروس:و لا يجوز بيع اللحم بحيوان من جنسه على الأصح، و تجويز ابن إدريس شاذ انتهى.منه رحمه الله.

و ابن إدريس و من تبعه-كالشهيد الثانى و المحقق الشيخ على،و اليه أشار العلامه فى آخر كلامه فى المختلف،و هو مذهبه فى التحرير و الإرشاد،و المحقق فى النافع-فصلوا بين الحى و المذبوح،فوافقوهم فى المذبوح،لكونه بعد الذبح لحما لا يباع الا بالوزن،و خالفوهم فى الحى،لعدم بيعه وزنا،و هو الحق فى المقام، و به يظهر أن محل الخلاف انما هو فى الحى خاصه،و يزيدك بيانا ما ذكره فى شرح اللمعه،حيث قال المصنف:«و لا يباع اللحم بالحيوان مع التماثل»فقال الشارح:كلحم الغنم بالشاه ان كان مذبوحا لأنه فى قوه اللحم،فلا بد من تحقق المساواه،فلو كان حيا فالجواز قوى لأنه حينئذ غير مقدر بالوزن.انتهى.

المسأله السابعه [فى أن الربا ليس إلا فى المكيل أو الموزون]

-الأشهر الأظهر أنه لا ربا إلا فى المكيل و الموزون،فما ليس كذلك يجوز بيعه متساويا و متفاضلا،و قيل:بثبوته فى المعدود أيضا،و نقل عن الشيخ المفيد و ابن الجنيد و سلار.

و الذى يدل على الأول جمله من الاخبار-منها ما رواه

المشايخ الثلاثه (عطر الله مراقدهم)بأسانيد عديده فى الموثق عن عبيد بن زراره (۱)قال:

«سمعت أبا عبد الله(عليه السلام)يقول:لا يكون الربا الا فيما يكال أو يوزن».

و ما رواه

فى الكافى عن منصور بن حازم (۲)فى الموثق قال:

«سألته عن الشاه بالشاتين،و البيضه بالبيضتين،قال:لا بأس ما لم يكن كيلا و لا وزنا».

و ما رواه

فى الفقيه عن داود بن الحصين (۳)

«أنه سأل أبا عبد الله(عليه السلام)

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۱۴۶ التهذيب ج ۷ ص ۹۴ الفقيه ج ۳ ص ۱۷۵.
۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۱۹۱ التهذيب ج ۷ ص ۱۱۸.
۳- ۳) الفقيه ج ۳ ص ۱۷۸.

عن الشاه بالشاتين و البيضه بالبيضتين قال.لا بأس ما لم يكن مكيلا و لا موزونا».

و ما رواه

المشايخ الثلاثه فی الصحیح أو الحسن عن الحلبی (۱)عن أبی عبد الله(علیه السلام)قال:

لا بأس بمعاوضه المتاع ما لم يكن كيلا أو وزنا». و نحوها موثقه أخرى لمنصور بن حازم،و قد تقدمت فی المسأله الاولی.

و ما رواه

فی الکافی (۲)عن علی بن إبراهيم عن رجاله عمن ذكره فی فصل طويل فی المعاوضات قال:

«و ما عد عددا و لم يكل و لم يوزن فلا بأس به اثنان بواحد يدا بيد،و يكره النسيئه».

و قال فی كتاب الفقه الرضوی (۳)

«و اعلم أن الربا ربا آن ربا يؤكل و ربا لا يؤكل،فاما الربا الذی يؤكل فهو هديتك الى رجل تطلب الثواب أفضل منه، فأما الربا الذی لا يؤكل،فهو ما يكال أو يوزن».

و احتج الأصحاب على ذلك-زياده على الاخبار-بان الأصل الجواز،و لأن الإنسان مسلط على ماله،و حاكم فيه،فلا يمنع فيه الا بدليل،و نقل عن الشيخ المفيد أنه احتج بعموم النهی عن الربا،و هو فی اللغه الزياده،و هی متحققه فی المعدود.

و بما رواه

محمد بن مسلم (۴)فی الصحیح قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام) عن الثوبين الرديين». الخبر و قد تقدم فی المسأله الاولی.

و موثقه سماعه (۵)قال:

«سألته عن بيع الحيوان اثنين بواحد،فقال:إذا سميت الثمن فلا بأس».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۸۹ التهذيب ج ۷ ص ۹۴ الفقيه ج ۳ ص ۱۷۸.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۹۲.
۳- ۳) المستدرک ج ۲ ص ۴۷۹.
۴- ۴) التهذيب ج ۷ ص ۱۲۰.

٥- ٥) التهذيب ج ٧ ص ١٢٠.

و أجاب فى المختلف عن الدليل الأول بأن الزياده المطلقه غير معتبره،بل لا بد من شرائط معها،فخرجت الحقيقه اللغويه عن الإراده،و عن الأحاديث بأن الكراهه قد تكون للتنزيه بل هو المعنى المتعارف منها.

أقول:أما الخبر الأول فقد تقدم احتمال خروجه مخرج التقيه أيضا.

و أما خبر الثانى فمن المحتمل قريبا أن يكون لفظ الثمن هنا وقع تحريف لفظ السن،كما ورد فى

موثقه سعيد بن يسار قال:

«سألت أبا عبد الله(عليه السلام) عن البعير بالبعيرين يدا بيد و نسيئه؟فقال:نعم لا بأس إذا سميت بالأسنان جذعين أو ثنتين،ثم أمرنى فخططت على النسيئه» (۱). و قد تقدم أن الأمر بالخط على النسيئه انما وقع تقيه كما ذكره بعض مشايخنا(رضوان الله عليهم).

و الشيخ(رضوان الله عليه)فى الاستبصار قد حمل هذا الخبر على الاستظهار و الاحتياط،قال:لأن الأفضل و الأحوط أن يقوم كل واحد منها على جهه و يكون البيع على القيمه،و ان لم يكن ذلک محظورا.

و أيده بما رواه

فى الصحيح عن ابن مسكان (۲)عن أبى عبد الله(عليه السلام)

أنه سئل عن الرجل يقول:عاوضنى بفرسى فرسک،و أزيدک قال:لا يصلح،و لكن يقول:أعطنى فرسک بكذا و كذا و أعطيک فرسى بكذا و كذا». و كيف كان فالعمل على القول المشهور و الله العالم.

المسأله الثامنه [فى أن المعتبر فى المكيل و الموزون عاده البلدان]

-قالوا المعتبر فى الكيل و الوزن ما كان فى عهده(صلى الله عليه و آله)فمتى علم ذلک،اتبع و جرى فيه الربا و ان تغير حاله بعد،و لا فرق بين أن يكون ذلک فى بلده(عليه السلام)أو غير بلده إذا أقر أهله عليه،و ما لم يعلم حاله يتبع عاده البلدان،فان اختلفت كانت لكل بلد حكم نفسه،مصيرا الى العرف الخاص

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۱۹۱ التهذيب ج ۷ ص ۱۱۸.

۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۱۲۰.

عنـد تعـذر العلم،فكل بلد يكون فيها مكيلا أو موزونا يثبت فيه الربا،و كل بلد لا يكون كذلك يجوز البيع متفاضـلا و نسـيئه من غير مانع.

قال:بعض المحققين و الظاهر أن الحكم للبلـد،لا لأهله و ان كان فی بلده غيره،و لا يخفی ما فيه من الغموض،و ان كان مراده أن الحكم لأهل البلد الساكنين فيها دون من خرج منها الی بلد ليست كذلك،و قيل:و هو منقول عن الشيخين و سلار.

و ابن إدريس يغلب جانب التقدير بالكيل أو الوزن علی جانب العدد و الجزاف أخذا بالأحوط (۱).

و وجه الأول بأن المعتبر العرف عنـد عـدم الشـرع،و كما أن عرف تلك البلد التقدير،فيلزمه حكمه،و عرف الأخری الجزاف مثلا فيلزمه حكمه،صرفا للخطاب الی المتعارف من الجانبين. (۲)

۱- ۱) أقول:التحقيق ان هذين القولين ينحلان إلی ثلاثه أقوال:أحدها- اعتبار التقدير فی جميع الأشـياء حذرا من الغرر المقتضی الی التنـازع، و لأنه الأحوط،و هو قول الشـيخ فی النهايه،و تبعه سـلار. ثانيها-اعتبار حكم الأغلب و الأعم،لأن المعروف من عاده الشـرع اعتبار الأغلب دون النادر،و هـذا مـدلول عباره الشـيخ المفيد،و تبعه ابن إدريس: و ثالثها-اعتبار كل بلد حكم نفسه،و هو مذهب الشيخ فی المبسوط و المحقق و العلامه و غيرهم منه رحمه الله.

۲- ۲) كما إذا كان ذلك الجنس مكيلا أو موزونا فی بلد فإنه ربوی محرم علی أهل تلك البلد ببيعه متفاضلا،و لو أن أحد أهل هذه البلد خرج الی بلد يباع فيها ذلك الجنس جزافا فإنه يجوز له شـراؤه جزافا و لا يحرم عليه الزياده باعتبار أنه فی بلده ربويا،و الظاهر أن هذا مراد المحق المذكور، و ان كانت عبارته عن تأديته ظاهره القصور. منه رحمه الله.

و وجه الثانی بصدق المکیل و الموزون علی ذلک فی الجمله،قالوا:انه قد ثبت أن أربعه کانت مکیله فی عهده(صلی الله علیه و آله)و هی الحنطه و الشعیر و التمر و الملح،نقل علیه فی التذکره إجماع الأمه،فلا یباع بعضها ببعض الا کیلا و ان اختلف فی الوزن،و استثنی-فی التذکره-ما یتجافی منه فی المکیال،کالقطع الکبار من الملح،فیباع وزنا لذلک،و ما عداها ان ثبت له فی عهده(صلی الله علیه و آله)أحد الأمرین،و الا رجع الی عاده البلد.

و لو عرف أنه کان مقدرا فی عهده(صلی الله علیه و آله)و جهل اعتباره بأحدهما قالوا:احتمل التخییر،و تعین الوزن،لأنه أضبط و اختاره فی التذکره،و استحسنه فی المسالک.

أقول:و فی حکم الأربعه المذکوره فی الاتفاق علی کونهما من المکیل فی عهده (صلی الله علیه و آله)الدنانیر و الدراهم و کونهما موزونه،لاتفاق الأمه کما ذکره فی التذکره أیضا علی ثبوت الربا فی هذه السته أعنی الأربعه المتقدمه مع هذین،و من الظاهر أن هذین لیست من المکیل،فلیس إلا أنهما موزونه،و یعضده استفاضه الأخبار بأنهما من الموزون فی عصرهم(علیهم السلام).

ثم أقول:لا یخفی أن جمیع الحبوب من حنطه و شعیر و أرز و عدس و ماش و التمر و الرطب و نحوها و ما یتفرع من کل منها و کذا الألبان و الادهان و نحوها فی هذه الأزمنه المتأخره انما تباع بالوزن،و الکیل الذی کان أولا غیر معمول علیه بین الناس بالکلیه،فیشکل الحکم فی هذه الأجناس الأربعه التی اتفقوا علی کونها مکیله فی عصره(صلی الله علیه و آله)باعتبار بیعها وزنا،حیث انهم صرحوا بأن ما کان مکیلا لا یجوز بیعه بغیر الکیل،و کذا الموزن مع قطع النظر عن حصول الربا و عدمه و هکذا یجری فی باب الربا ایضا،و قد صرح فی التذکره بأنه لا یجوز بیع شیء من المکیل بشیء من جنسها وزنا بوزن و ان تساویا.

نعم نقل فی المسالک-عن بعضهم-انه نقل الإجماع علی جواز بیع الحنطه

و الشعير وزنا،مع الإجماع-كما عرفت-على كونهما مكيلين فى عصره (صلى الله عليه و آله)و قال فى التذكره أيضا:و ما أصله الكيل يجوز بيعه وزنا سلفا و تعجيلا،و لا يجوز بيعه بمثله وزنا،لان الغرض فى السلف و المعجل تعيين جنس معرفه المقدار،و هو يحصل بهما،و الغرض هنا المساواه،فاختص المنع فى بعضه ببعض به،و قال أيضا:كما لا يجوز بيع الموزون بجنسه جزافا،كذا لا يجوز بيعه مكيلا،إلا إذا علم عدم التفاوت فيه،و كذا المكيل لا يجوز بيعه جزافا و لا موزونا الا مع عدم التفاوت،و قال أيضا:لو كان حكم الجنس الواحد مختلفا فى التقدير- كالحنطه المقدره بالكيل،و الدقيق المقدر بالوزن-احتمل تحريم البيع بالكيل و الوزن للاختلاف قدرا،و تسويغه بالوزن.

أقول لقائل أن يقول:ان المستفاد من الاخبار ثبوت الكيل و الوزن فى الجمله، و أن البيع فى جمله من الاخبار انما يقع بهما،و أن الربا انما يقع فيهما،و لم يقم لنا دليل واضح أن ما كان مكيلا- لا- يجوز بيعه وزنا،و كذا العكس سواء كان فى باب الربا أو غيره،سيما مع ما صرح به جمله منهم من أن الوزن أضبط،و انه الأصل، و عموم أدله جواز البيع كتابا و سنه يقتضى الجواز كيف اتفق من أحد هذين الأمرين، و يعضده ما تقدم من نقل الإجماع على جواز بيع الحنطه الشعير وزنا مع الإجماع على أنها من المكيل فى عصره(صلى الله عليه و آله).

و بالجمله فأقصى ما يستفاد من الأدله فى باب البيع هو وجوب معرفه المبيع و الثمن بالوزن أو الكيل،دفعا للغرر و النزاع،و كذا فى باب الربا أنه لا- يقع إلا فى المكيل أو الموزون،و اما ان ما علم كونه فى الزمن السابق مكيلا أو موزونا لا يجوز الخروج من أحدهما إلى الأخر فلم نقف فيه على دليل،و أصاله العدم قائمه،و أصاله الصحه فى العقود ثابته،حتى يقوم دليل على الخروج عن ذلك.

و كيف كان فالأولى مراعاه الاحتياط فى أمثال هذه المقامات و الله العالم بحقائق أحكامه.

المسأله التاسعه [موارد عدم جريان الربا]

اشاره

-المشهور فى كلام الأصحاب(رضوان الله عليهم)انه لا ربا بين الوالد و ولده،و لا بين المولى و مملوكه،و لا بين الرجل و زوجته،و عن المرتضى (رضى الله عنه)فى بعض أجوبته:انه حكم بثبوت الربا بينهم،و حمل الخبر الوارد بالنفى على النهى،و جعله من قبيل قوله(سبحانه) (1):

«فَلاٰ رَفَثَ وَ لاٰ فُسُوقَ» الا انه صرح بالرجوع من ذلك،و انتصر للقول المشهور و ادعى عليه الإجماع قال-(قدس سره):قد كنت فيما تأولت-فى جواب مسائل وردت من الموصل-الأخبار التى يرويها أصحابنا المتضمنه لنفى الربا بين من ذكرناه- -على ان المراد بذلك و ان كان بلفظ الخبر-معنى الأمر،كأنه قال:يجب ان لا يقع بين ما ذكرناه ربا،كما قال الله(تعالى) (2)«وَ مَنْ دَخَلَهُ كٰانَ آمِناً» و قوله (تعالى) (3)«فَلاٰ رَفَثَ وَ لاٰ فُسُوقَ وَ لاٰ جِدٰالَ فِي الْحَجِّ» و

قوله عليه السلام (4)

«العاريه مردوده (5)و الزعيم غارم». و معنى ذلك كله معنى الأمر و النهى،و ان كان بلفظ الخبر و اعتمدنا فى نصره هذا المذهب على عموم ظاهر القرآن و ان الله حرم الربا على كل متعاقدين بقوله (6)«لاٰ تَأْكُلُوا الرِّبَوا» و هو شامل للوالد و ولده، و الرجل و زوجته،ثم لما تأملت ذلك رجعت عن هذا المذهب لأنى وجدت أصحابنا مجمعين على نفى الربا بين من ذكرناه،و غير مختلفين فيه فى وقت من الأوقات، و إجماع هذه الطائفه قد ثبت انه حجه،و يخص بمثله ظواهر القرآن،و الصحيح نفى الربا بين من ذكرناه الى آخر كلامه زيد فى مقامه.

۱- ۱) سوره البقره الآيه ۱۹۷.

۲- ۲) سوره آل عمران الآيه-۹۷.

۳- ۳) سوره البقره الآيه-۱۹۷.

۴- ۴) المستدرک ج ۲ ص ۵۰۷.

۵- ۵) المستدرک ج ۲ ۴۹۷.

۶- ۶) سوره آل عمران الآيه-۱۳.

و ابن الجنيد فصل هنا بين الوالد و ولده فقال:لا ربا بين الوالد و ولده، إذا أخذ الوالد الفضل الا ان يكون له وارث أو عليه دين.

و الذی وقفت علیه من الاخبار المتعلقه بهذه المسأله ما رواه

فی الکافی عن عمرو بن جمیع (۱)عن ابی عبد الله(علیه السلام) قال:

«قال أمیر المؤمنین(علیه السلام) لیس بین الرجل و ولده ربا،و لیس بین السید و عبده ربا». و رواه

فی الفقیه مرسلا عن النبی(صلی الله علیه و آله)مثله،قال:فی الکافی و بهذا الاسناد (۲)

«قال رسول الله(صلی الله علیه و آله):لیس بیننا و بین أهل حربنا ربا،نأخذ منهم الف درهم بدرهم،نأخذ منهم و لا نعطیهم».

و رواه فی الفقیه (۳)مرسلا بنقصان قوله

«نأخذ منهم الف درهم بدرهم». و إثبات ما قبله و ما بعده.

و ما رواه

فی الکافی عن زراره و عن محمد بن مسلم (۴)عن ابی جعفر (علیه السلام) قال:

«لیس بین الرجل و ولده و لا بینه و بین عبده،و لا بینه و بین اهله ربا،انما الربا فیما بینک و بین ما لا تملک،قلت:فالمشرکون بینی و بینهم ربا؟قال:نعم،قلت:فإنهم ممالیک،فقال:انک لست تملکهم،انما تملکهم مع غیرک أنت و غیرک فیهم سواء،و الذی بینک و بینهم لیس من ذلک،لان عبدک لیس مثل عبدک و عبد غیرک». و رواه فی التهذیب عن زراره و محمد عنه(علیه السلام):مثله.

و ما رواه

فی الفقیه مرسلا (۵)قال:

«قال الصادق(علیه السلام):لیس بین المسلم و بین الذمی ربا،و لا بین المرأه و زوجها ربا».

و ما رواه

فی الفقیه (۶)

«قال سأل علی بن جعفر أخاه موسی بن جعفر(علیه السلام)

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۱۴۷ الفقيه ج ۳ ص ۱۷۶.

۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۱۴۷ الفقيه ج ۳ ص ۱۷۶.

۳- ۳) الفقيه ج ۳ ص ۱۷۶.

۴- ۴) الكافى ج ۵ ص ۱۴۷ التهذيب ج ۷ ص ۱۷.

۵- ۵) الفقيه ج ۳ ص ۱۷۸ الوسائل الباب ۷ من أبواب الربا الرقم-۵-۶-۷.

۶- ۶) الفقيه ج ۳ ص ۱۷۸ الوسائل الباب ۷ من أبواب الربا الرقم-۵-۶-۷.

«عن رجل أعطى عبده عشره دراهم،على ان يؤدى العبد كل شهر عشره دراهم أ يحل ذلك؟قال:لا بأس». و رواه فى التهذيب مسندا عن على بن جعفر عن أخيه(عليه السلام)مثله»

و رواه على بن جعفر فى كتابه عن أخيه(عليه السلام)مثله، و زاد،

و سألته عن رجل اعطى رجلاـ ثمانمائه درهم يعمل بها على أن يعطيه خمسه دراهم أو أقل أو أكثر هل يحل ذلك؟قال:لا هذا الربا محضا.

و قال(عليه السلام) فى كتاب الفقه الرضوى (۱)

«و ليس بين الوالد و ولده ربا،و لا بين الزوج و المرأه، و لا بين المولى و العبد،و لا بين المسلم و الذمى». انتهى.

قال فى الكفايه:و مستند المشهور روايه زراره و محمد بن مسلم مؤيده بروايه عمرو بن جميع،و شيء منها لم يبلغ حد الصحه،مع ان عموم الكتاب و الاخبار الكثيره يخالفه،فان ثبت إجماع كان هو المتبع،و الا فالصواب العمل بالكتاب انتهى.

و ضعفه أظهر من أن يخفى،فإنه لا خلاف بين الأصحاب-ممن ذهب الى هذا الاصطلاح المحدث و من لم يذهب إليه-فى العمل بهذه الاخبار و لم يقل أحد منهم غير المرتضى و من يحذو حذوه و هو أقل قليل على غير هذه الاخبار لصحتها و صراحتها.

فأما صحتها عند المتقدمين فظاهره،و أما عند المتأخرين فلجبر ضعف أسانيدها باتفاق الأصحاب على العمل بها،و بها خصصوا عموم الكتاب و الاخبار المذكوره، على أن الدليل غير منحصر فى الروايتين المشار إليهما فى كلامه،بل هو مضمون أخبار عديده،و فيها الصحيح كروايه على بن جعفر بروايه الفقيه،فان طريقه فى المشيخه الى على بن جعفر صحيح،و هى من مرويات كتابه،و هو من الأصول المشهوره الثابته الصحه.

و بالجمله فإن ما ذكره هنا،من المناقشات الواهيه التى لا يلتفت إليها،و الظاهر

۱- ۱) المستدرک ج ۲ ص ۴۸۰.

انه تبع فى هذا المقام المحقق الأردبيلى حيث أشار الى ذلك فقال-بعد نقل روايتى عمرو بن جميع و زراره و محمد بن مسلم و نقل دعوى المرتضى الإجماع-ما ملخصه:و الإجماع غير ظاهر،و لهذا ذهب السيد الى الثبوت،و قال:معنى نفى الربا نهى مثل «فَلاَ رَفَثَ وَ لاَ فُسُوقَ وَ لاَ جِدالَ» و ابن الجنيد ذهب الى عدم الثبوت من جانب الوالد فقط،و الحديث غير صحيح،و عموم أدله التحريم قوى،و يمكن أن يقال:لا ربا بين الرجل و ولده بمعنى جواز أخذ الوالد من مال ولده لا العكس، و يؤيد بأخبار أخر مثل أن الولد و ماله لوالده.انتهى.

و فيه أولا ما عرفت آنفا،و ثانيا ان الاستناد فى عدم ظهور الإجماع إلى كلام المرتضى المذكور عجب منه(قدس سره)فان المرتضى قد عدل عن هذا الكلام بعد ظهور الإجماع له،كما صرح به فى كلامه المتقدم،و هو مؤذن بأن قوله بهذا القول وقع غفله و ذهولا عن ملاحظه الإجماع،فلما انكشف له ثبوت الإجماع عدل عنه الى قول المشهور فصار هذا الكلام فى حكم العدم،فكيف يصلح لان يطعن به على دعوى الإجماع.

و ثالثا أن ما ادعاه من حمل نفى الربا بين الوالد و الولد-على الصوره المذكوره مستندا الى الاخبار المشار إليها-مردود بما حققناه فى تلك المسأله،من أن هذه الاخبار على ظاهرها مخالفه للعقل و النقل،كتابا و سنه،مع معارضتها بغيرها،و بينا أنها انما خرجت مخرج التقيه،فلا اعتماد عليها فى حد ذاتها فضلا عما ذكره هنا.

و بالجمله فإن مناقشته فى المقام-بعد ما عرفت من اخبارهم(عليهم السلام) و اتفاق الأصحاب على العمل بها قديما و حديثا-مما لا ينبغى أن يصغى إليها،و لا يعرج فى مقام التحقيق عليها،و لم يبق الا خلاف ابن الجنيد،و ضعفه-كسائر أقواله التى ينفرد بها-أظهر من أن يذكر،و أقواله غالبا لا يخرج عن مذهب العامه،و لهذا صرح جمله من علماء الرجال بإطراح أقواله لعمله بالقياس المتفق على النهى عنه فى الشريعه نصا و فتوى،مع ظهور الأخبار المذكوره فى رده،فنقل المحقق المذكور

لقوله للتسجيل به على الطعن فى الإجماع غير حقيق بالاتباع و الاستماع.

بقى الكلام هنا فى مواضع-

الأول [المراد بالولد فى هذا المقام]

هل المراد بالولد فى هذا المقام،هو الولد النسبى دون الرضاعى،و أن يكون للصلب فلا يتعدى الى الجد مع ولد الولد؟ إشكال ينشأ من الاقتصار فى الرخصه على مورد اليقين،و من صحه إطلاق الولد شرعا على من ذكرناه من ولد الولد بل ولد البنت،كما تقدم تحقيقه فى كتاب الخمس.و كذا الولد الرضاعى،الا أن الظاهر فى الولد الرضاعى بعده،لعدم انصراف الإطلاق إليه ما لم يقيد،و أما الولد مع الام فلا إشكال فى ثبوت الربا بينهما،و بما ذكرنا من تخصيص الولد بالنسبى و أن يكون للصلب صرح شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك و الروضه مع احتمال المعنى الأخر،و نحوه المحقق الشيخ على(قدس سره)فى شرح القواعد،و بالعموم صرح فى الدروس فقال:و لا بين الولد و والده و ان علا و الاحتياط يقتضى الاقتصار على المعنى الأول.

الثانى [عدم الفرق بين الزوجه الدائمه و المتمتع بها]

-الأكثر على أنها لا فرق فى الزوجه بين الدائمه و المتمتع بها،و به صرح العلامه فى أكثر كتبه و غيره،لعموم النص و نقل عن العلامه فى التذكره انه خص الزوجه بالدائم،مستندا الى أن التفويض فى مال الرجل انما ثبت فى حق الدائم،فإن للزوجه أن يأخذ من مال الرجل المأدوم.و رد بأن فى معارضه ذلك لعموم النص منع ظاهر.

و ظاهر المحقق الأردبيلى المناقشه هنا أيضا بناء على ما قدمنا نقله عنه،حيث قال:و أما بين الزوجه و الزوج فمثل ما تقدم،فان كان إجماع يقتصر عليه مثل الدائمه، كما اختاره فى التذكره مؤيدا بجواز أكلها من بيت زوجها،و فى بعض الروايات الصحيحه تسلط الزوج على مالها بحيث لا يجوز لها العتق إلا بإذنه،فلا يبعد عدمه بينهم من الطرفين على تقدير الإجماع،و الا فعموم أدله منع الربا متبع.انتهى و ضعفه ظاهر مما قدمناه.

الثالث [حكم الربا بين المسلم و المشرک]

-الظاهر من كلام أكثر الأصحاب أنه لا ربا بين المسلم و الحربى،

بمعنى أن للمسلم أخذ الفضل منه،دون العكس،فإنه محرم،و أطلق جماعه نفى الربا بينهما من غير فرق بين أخذ المسلم الزياده أو الحربى.و ممن أطلق الشيخ فى النهايه، و مقتضاه جواز أخذ الحربى الزياده،و رده ابن إدريس و هو الحق.

و بنحو ما ذكره الشيخ صرح ابن البراج،فقال:و لا ينعقد الربا بين الوالد و ولده،و السيد و عبده،و الحربى و المسلم،و المرأه و زوجها،يجوز أن يأخذ كل واحد ممن ذكرنا من صاحبه الدرهم بدرهمين،و الدينار بدينارين.

و الذى يدل على ما هو المشهور ما تقدم نقله عن النبى(صلى الله عليه و آله) بروايه الكافى و الفقيه (1)من نفى الربا بين المسلم و أهل الحرب،و ان المسلم يأخذ منهم و لا يعطيهم،و هو صريح فى المطلوب،و لا يضر ضعف السند عندنا سيما مع تأيد ذلك بحل مال الحربى،و قد صرح فى التذكره بأنه لا فرق بين كونه معاهدا أم لا،لأن الحربى فىء لنا و أمانه،و ان منع من أخذ ماله من غير حق،الا أنه إذا رضى بدفع الفضل انتقض أمانه فيه.

بقى الكلام فى روايه زراره و محمد بن مسلم من حيث دلالتها على حصول الربا بين المسلم و المشرك،و لم أقف على من تعرض لنقلها فى المقام،فضلا عن الجواب عنها الا المحقق الأردبيلى،و ظاهره الجمع بينها و بين الروايه المتقدمه- مع ميله الى العمل بروايه زراره و محمد بن مسلم لوضوح سندها و تأيدها بعموم الأدله كما أشار إليه آنفا-بحمل الروايه الأولى على غير المعاهد،و حمل هذه على المعاهد،و الأصحاب كما تقدم فى كلام العلامه لم يفرقوا بينهما،كما هو ظاهر الخبر الأول.

الرابع [وجه عدم جريان الربا بين السيد و عبده]

-نفى الربا فى الاخبار المتقدمه بين السيد و عبده،أما من حيث عدم ملكه فالبيع غير صحيح،و الأمر واضح،لصدق عدم الربا،و أما بناء على ملكه فيكون العله النص،و ان لم يظهر له وجه ينزل عليه،و كان الاولى لمن يقول بعدم

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۱۷۶.

ملكه ترک ذکره فی هذا المقام،الا أنه لما ورد به النص تعرضوا له. (۱)

و ظاهر المحقق الأردبیلی هنا أیضا المناقشه فی الحکم علی تقدیر القول بملکه، قال:و أما عدم الثبوت بین العبد و سیده،فبناء علی القول بأنه لا یملک واضح،و أما علی القول الأخر فلا یظهر،إذ الروایه غیر صحیحه،و لا یعرف غیرها،الا أن یدعی الإجماع فیقتصر علی موضعه و هو القن الخاص لا المکاتب مطلقا،و لا المشترک کما یشعر به الروایه المتقدمه.انتهی.

و فیه أن الروایه التی أشار إلیها،و هی روایه زراره و محمد بن مسلم (۲)و ظاهره أنه لم یطلع علی غیرها و ان کانت غیر صحیحه باصطلاحه الذی یدور مداره، الا أن روایه علی بن جعفر صحیحه کما أشرنا إلیه آنفا (۳)،و موردها المملوک و سیده، فلا مجال لما ذکره من المناقشه،و عدم ظهور الوجه من النص لیحمل علیه لا یدل علی العدم،و الواجب التسلیم لما ثبت عنهم(علیه السلام)سواء ظهر لنا الوجه فیه أم لا، و قد صرح الأصحاب بأنه لا بد هنا من اختصاص الملک بالسید،فلو کان مشترکا ثبت

۱- ۱) أقول:و من هنا قال ابن إدریس معترضا علی الشیخ:فأما قولهم: و لا بین العبد و سیده،فلا فائده فیه،و لا لنا حاجه الی هذا التعلیل و أی مال للعبد،و انما الربا بین الاثنین مالکین،و اعترضه العلامه بأن هذا الکلام لیس بجید،فان الشیخ نقل الحدیث،و هو قول الصادق(علیه السلام) و لیس بین السید و عبده ربا،و نفی الربا قد یکون لنفی الملک،و قد یکون لغیر ذلک،فنفی التملک عله لنفی الربا،فأی مأخذ علی الشیخ حیث ذکر الحکم المعلل،و لم یذکر علته،إذ کانت معروفه،ثم ان الشیخ یذهب الی أن العبد یملک،انتهی و هو جید.منه رحمه الله.

۲- ۲) تقدم فی ص ۲۵۸ فی ص ۲۵۹.

۳- ۳) تقدم فی ص ۲۵۸ فی ص ۲۵۹.

الربا بينه و بين كل من الشركاء،و يدل عليه ما تقدم فى روايه زراره و محمد بن مسلم (۱).و المدبر و أم الولد فى حكم القن،و فى المكاتب بقسميه إشكال،ينشأ من إطلاق النص و من انقطاع سلطنته عليه،فهو كالأجنبى منه،و ظاهر كلام المحقق المتقدم ذكره ثبوت الربا بينه و بين سيده،و هو ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك ايضا،مع احتماله العدم و الاحتياط ظاهر.

الخامس [حكم الربا بين المسلم و الذمى]

-المشهور بين الأصحاب ثبوت الربا بين المسلم و الذمى،لعموم أدله التحريم،و لان مال الذمى محترم.و ذهب السيد المرتضى و ابنا بابويه و جماعه الى عدم ثبوته،و عليه دلت الأخبار المتقدمه.

و الذى يقرب عندى أن هذه الاخبار انما صرحت بنفى الربا بين المسلم و الذمى،بناء على أن أهل الكتاب-فى تلك الأعصار فضلا عن زماننا هذا-قد خرقوا الذمه،و لم يقوموا بها كما صرح به جمله من الاخبار،و من ثم دل جمله من الاخبار على أن مالهم فيء للمسلمين،و جواز استرقاقهم،كما صرح به جمله من الأصحاب أيضا،و حينئذ فلا اشكال.و على هذا فيختص جواز أخذ الفضل بالمسلم،دون الذمى كما تقدم فى الحربى (۲).

السادس [حكم الربا بين المؤمن و المخالف]

-لا-يخفى انه حيث أن المشهور بين متأخرى أصحابنا هو الحكم بإسلام المخالفين،و وجوب اجراء حكم الإسلام عليهم فإنه يكون الحكم فيهم كما فى المؤمنين.و أما على ما يظهر من الاخبار و عليه متقدمو علمائنا الأبرار و جمله من متأخرى المتأخرين فى قرب هذه الأعصار-من أن حكمهم حكم الحربى فى جواز القتل و أخذ المال و النجاسه و نحو ذلك من الأحكام،لاستفاضه الاخبار بل تواترها معنا بكفرهم و شركهم،و ما يترتب على ذلك من الأحكام المتقدمه و نحوها،فينبغى دخولهم فى الكافر الذى دلت عليه الاخبار المتقدمه،و أن يكون حكمهم كذلك،

ص: ۲۶۴

۱- ۱) ص ۲۵۸.

۲- ۲) ص ۲۵۸.

و بطریق أولی الخوارج،و نحوهم ممن اتفقوا علی کفرهم و نجاستهم و جواز قتلهم و أخذ أموالهم،و ان لم یتعرضوا هنا لذکرهم،الا أن مقتضی ذلک دخولهم تحت إطلاق الکافر و المشرک و الحربی و نحوها من هذه الاخبار.و الله العالم.

تنبیهات

الاولی [جواز بیع درهم و دینار أو درهم و متاع بدینارین أو درهمین]

ظاهر الأصحاب جواز بیع درهم و دینار أو درهم و متاع بدینارین أو درهمین،بل نقل فی المسالک أنه موضع وفاق و قال العلامه فی التذکره:و هو جائز عند علمائنا أجمع،و به قال أبو حنیفه حتی لو باع دینارا فی خریطه بمأه دینار جاز.

أقول:و یعضده ما تقدم فی آخر المسأله الثالثه من أن ما یعمل من جنسین ربویین أو یضم أحدهما إلی الأخر فی عقد واحد،فإنه لا خلاف و لا إشکال فی بیعها بهما أو بأحدهما بشرط زیادته علی مجانسیه،و ینصرف کل من الثمن الی ما یخالفه من المبیع،و یدل علی ذلک جمله من الاخبار.

منها ما رواه

فی التهذیب عن الحسن بن صدقه (۱)عن أبی الحسن الرضا (علیه السلام) قال:

«قلت له:جعلت فداک انی أدخل المعادن و أبیع الجوهر بترابه بالدنانیر و الدراهم،قال:لا بأس به،قلت:و أنا أصرف الدراهم بالدراهم و أصیر الغله و ضحا و أصیر الوضح غله؟قال:إذا کان فیها(ذهب)فلا بأس قال:فحکیت ذلک لعمار بن موسی(الساباطی) (۲)قال:کذا قال:لی أبوه، ثم قال لی:الدنانیر این تکون؟قلت:لا أدری،قال عمار،قال لی أبو عبد الله (علیه السلام):تکون مع الذی ینقص».

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۱۱۷ و فیه«دنانیر»بدل کلمه(ذهب).

۲- ۲) کلمه الساباطی زیاده فی التهذیب و لیس فی النسخه المطبوعه.

أقول:و الوضح هو الدرهم الصحيح الذی لا ینقص شیئا،و الغله بالکسر الدراهم المغشوشه.و فی بعض الاخبار«فبعثنا بالغله فصرفوا ألفا و خمسین بألف» فزیاده الذهب حینئذ یکون فی جانب الغله لیقع کل فی مقابله مخالفه.

و ما رواه

عن ابی بصیر (۱)عن ابی عبد الله(علیه السلام) قال:

«سألته عن الدراهم بالدراهم و عن فضل ما بینهما فقال:إذا کان بینهما نحاس أو ذهب فلا بأس».

و عن عبد الرحمن بن الحجاج (۲)فی حدیث قال:

«قلت له:اشتری الف درهم و دینار بألفی درهم؟قال:لا بأس بذلک،ان أبی(علیه السلام)کان اجرأ علی أهل المدینه منی،و کان یقول هذا،فیقولون انما هذا الفرار،لو جاء رجل بدینار لم یعط ألف درهم،و لو جاء بألف درهم لحم لم یعط ألف دینار،فکان یقول لهم:نعم الشیء الفرار من الحرام الی الحلال». الی غیر ذلک من الاخبار الاتیه فی باب الصرف إنشاء الله-تعالی-مثل أخبار المراکب المحلاه،و السیف المحلی

کروایه أبی بصیر (۳)قال:

سألته عن السیف المفضض یباع بالدراهم،قال:

إذا کانت فضته أقل من النقد فلا بأس،و ان کانت أکثر فلا یصلح.

و بالجمله فقد اتفق الإجماع و الاخبار فی الدلاله علی صحه ذلک،و یزیده تأکیدا أن الربا انما یکون فی بیع أحد المتجانسین المقدرین بالکیل أو الوزن مع التفاضل،أو نسیئه الأخر،و ما نحن فیه لیس کذلک،لان المرکب من الجنسین أو مع ضم أحدهما إلی الأخر فی العقد لیس بجنس واحد،الا أن شیخنا الشهید الثانی فی المسالک قد أورد هنا إشکالا فی المقام،فإنه بعد أن نقل اتفاق أصحابنا علی

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۹۸.
۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۱۰۴.
۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۱۱۳ الوسائل الباب-۱۵ من أبواب الصرف.

الحکم المـذکور،و نقل عن الشافعی الخلاف فی ذلک محتجا بحصول التفاوت عنـد المقابله علی بعض الوجوه،کما لو بیع مد و درهم بمدین،و الدرهم ثمن لمد و نصف بحسب القیمه الحاضـره،ثم أجاب عنه بأن الزیاده حینئذ بمقتضی التقسیط لا بالبیع،فإنه انما وقع علی المجموع بالمجموع.

قال:و یشـکل الحکم لو احتیج الی التقسیط شرعا،کما تلف الدرهم المعین قبل القبض أو ظهر مستحقا مطلقا،و کان فی مقابله ما یوجب الزیـاده المفضیه إلی الربـا،فـإنه حینئـذ یحتمل بطلان البیع من رأس،للزوم التفاوت فی الجنس الواحـد،کما لو باع مـدا و درهما بمـدین أو درهمین مثلا،فان الدرهم التالف إذا کان نصف المبیع،بأن کانت قیمه المد درهما یبطل البیع فی نصف الثمن، فیبقی النصف الأخر،و حیث کان منزلا علی الإشاعه،کان النصف فی کل من الجنسین، فیکون نصف المدین و نصف الدرهمین فی مقابله المد،فیلزم الزیاده الموجبه للبطلان الی آخر ما ذکره من الکلام،و تعدد الاحتمال فی المقام.

و فیه ان هذا لا یوجب إشـکالا فی أصل المسأله لخروجها بهذا الفرض عما هی علیه أولا،و الغرض انما هو بیان صحه الحکم بما ذکرنـا کمـا اتفقت علیه الاخبـار و الإجمـاع فی الصوره المفروضه،و أمـا مع الخروج عنها الی فرض آخر کما إذا اتفق الأمر کما ذکره،فهی مسأله أخری،یرجع فیها إلی الأصول المقرره و القواعد المعتبره،فلا اشکال بحمد الله الملک المتعال.

الثانی [جواز بیع مد طعام،بمد طعام و ان کان فی أحدهما فضل]

-قال فی الخلاف:یجوز بیع مـد طعام،بمـد طعام و ان کان فی أحدهما فضل،و هو عقد التبن أو زوان،و هو حب أصـغر منه دقیق الطرفین،أو شیلم و هو معروف،و احتج بالآیه (1)و عدم المانع،و نحوه فی المبسوط الا أنه قال فیه:

و قال قوم لا یجوز و هو الأحوط،و المشـهور بین الأصـحاب الجواز،صرح به ابن إدریس و من تأخر عنه،و احتجوا بأنها تابعه،فلا یؤثر فی المنع،و لا فی المماثله

۱- ۱) سوره البقره الآیه-۲۷۵.

و التجانس،و لهذا لو اشترى منه طعاما و دفع اليه مثل ذلك مما جرت العاده بكونه فيه،وجب عليه القبض.

و بالجمله فإن جرى العاده بذلك و استمرار الناس على الرضاء به و أخذه فى الأجناس أسقط حكم الزياده به فيما نحن فيه،و نحوه الدردى فى الخل و الدبس، و الثقل فى البزر و نحو ذلك.نعم لو زاد ذلك عن مقتضى العاده فلا إشكال فى المنع.

الثالث [حكم بيع السمن بالزيت متفاضلا نسيئه و نحوه]

-منع الشيخ فى النهايه-عن بيع السمن بالزيت متفاضلا نسيئه،و المشهور بين الأصحاب الصحه،لاختلاف الجنسين،و الظاهر أنه استند الى ما رواه فى التهذيب (۱)و كذا رواه

الصدوق فى الفقيه فى الحسن عن عبد الله بن سنان

«قال سمعت أبا عبد الله(عليه السلام)يقول لا ينبغى للرجل إسلاف السمن فى الزيت،و لا الزيت بالسمن».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن عبد الله بن سنان (۲)قال:

« سألت أبا عبد الله(عليه السلام)عن رجل أسلف رجلا زيتا على أن يأخذ سمنا قال:

لا يصلح». و الأصحاب قد حملوها على الكراهه،و هو أحد احتمالى الشيخ أيضا فى كتابى الاخبار،فإنه جمع بين هذين الخبرين،و بين روايه وهب،بحمل هذين الخبرين اما على المنع من إسلاف الزيت فى السمن إذا كان بينهما تفاضل-لان التفاضل بين الجنسين المختلفين انما يجوز إذا كان نقدا،و إذا كان نسيئه فلا يجوز -و اما أن يكون على الكراهه،قال:و لأجل ذلك قال:«لا يصلح و لا ينبغى و لم يقل أنه لا يجوز و ذلك حرام.انتهى.

و منع-فى النهايه-أيضا من بيع السمسم بدهنه،و الكتان بدهنه و تبعه ابن إدريس و قال-فى المختلف بعد نقل ذلك عنهما-:و الحق أنه لا يجوز التفاضل فيهما و يجوز التساوى،لنا أنهما إما متساويان فى الجنس فيباع أحدهما بمتساويه

ص :۲۶۸

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۴۳ الفقيه ج ۳ ص ۱۶۷.
۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۴۳.

فی المقدار،و اما مختلفان فیباع أحدهما بالاخر مطلقا.انتهی.و هو جید.

الرابع [جواز بیع الحنطه بالسویق منه و بالخبز و الفالوذج المتخذ من النشاء]

-قال فی الخلاف و المبسوط:یجوز بیع الحنطه بالسویق منه و بالخبز و الفالوذج المتخذ من النشاء مثلا بمثل،ثم قال فی المبسوط:«و لا یجوز متفاضلا یدا بید،و لا یجوز نسیئه،و أما الفالوذج فیجوز بیعه بالحنطه أو الدقیق متفاضلا ما لم یؤد الی التفاضل فی الجنس،لان فیه غیر البشاء.

و التحقیق أن ما ذکره بالنسیه الی الفالوذج ان بیع بأقل منه وزنا بحیث یحصل التفاضل اما بجنسه أو بغیر جنسه لم یجز،و إلا جاز،لأن المقتضی للمنع ثبوت الربا و ان بیع بأزید منه وزنا،فإنه لا ربا،لان هذه الزیاده فی الحنطه الذی هو الثمن فی مقابله ما اشتمل علیه الفالوذج من الجنس الأخر.

الخامس [وجوه التخلص من الربا]

-قد یتخلص من الربا بوجوه،منها-أن یبیع أحد المتبایعین سلعته من صاحبه بجنس غیرها،ثم یشتری صاحبه ذلک الجنس بالثمن (۱)و کذا لو تواهبا بأن وهب کل منهما الأخر سلعته لصاحبه،أو أقرض کل واحد منهما سلعته ثم تباریا،و کذا لو تبایعا و وهبه الزیاده،کل ذلک من غیر شرط.

قال شیخنا الشهید الثانی فی المسالک-و نعم ما قال-:و لا یقدح فی ذلک کون هذه الأمور غیر مقصوده بالذات،و العقود تابعه للقصود،لان قصد التخلص من الربا انما یتم مع القصد الی بیع صحیح،أو قرض أو غیرهما من الأنواع المذکوره، و ذلک کاف فی القصد،إذ لا یشترط فی القصد الی قصد جمیع الغایات المترتبه علیه،بل یکفی قصد غایه صحیحه من غایاته،و ان من أراد شراء دار مثلا لیواجرها و یتکسب بها،فان ذلک کاف فی الصحه،و ان کان لشراء الدار غایات أخر أقوی من هذه و أظهر فی نظر العقلاء،و کذا القول فی غیر ذلک من افراد العقود،و قد ورد

۱- ۱) مثاله کما لو کان لزید مد من حنطه یرید یبیعه علی عمرو بمدین من شعیر،فان زیدا یبیع مد الحنطه علی عمرو بمد من أرز،و یشتری عمرو ذلک الأرز بمدین من شعیر،یدفعه الی زید.منه رحمه الله.

أخبار کثیره ما یدل علی جواز الحیله علی نحو ذلک.انتهی و هو جید.

و ظاهر کلام المحقق الأردبیلی هنا یشیر الی التوقف فی ذلک،قال فی تمثیل ما أشار المصنف:مثل ان أراد بیع قفیز حنطه بقفیزین من شعیر أو الجید بالردیین، و غیر ذلک یبیع المساوی بالمساوی قدرا و یستوهب الزائد،و هو ظاهر لو حصل القصد فی البیع و الهبه،و ینبغی الاجتناب عن الحیل مهما أمکن،و إذا اضطر یستعمل ما ینجیه عند الله،و لا ینظر الی الحیل،و صوره جوازها ظاهر لما عرف من عله تحریم الربا:فکأنه الی ذلک أشار فی التذکره بقوله:لو دعت الضروره إلی بیع الربویات مستفضلا مع اتحاد الجنس الی آخره،و ذکر الحیل.انتهی.

المسأله العاشره-اختلف الأصحاب(رضوان الله علیهم)فی تحقق الربا و ثبوته فی غیر البیع من المعاوضات،و بالعموم صرح الشهید الثانی و ثانی المحققین فی المسالک و شرح القواعد،و ذکر بعض المحققین أنه قول الأکثر،و بالاختصاص یشعر کلام المحقق فی کتاب البیع من الشرائع،و العلامه فی الإرشاد و القواعد،الا أن المحقق فی باب الغصب صرح بثبوته فی کل معاوضه،و هو ظاهر اختیاره فی باب الصلح،و العلامه فی باب الصلح من القواعد تردد فی ذلک علی ما نقله الشارح المتقدم،و ظاهر صاحبی المسالک و شرح القواعد الاستناد فی العموم الی قوله عز و جل «وَ حَرَّمَ الرِّبٰا» (۱).

و فیه أن أمین الإسلام الطبرسی فی کتاب مجمع البیان قال فی تفسیر الآیه المذکوره،معنی «أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبٰا» أحل الله البیع الذی لا ربا فیه و حرم البیع التی فیه الربا،و علی هذا فیکون الآیه دلیلا للاختصاص بالبیع،و لا أقل أن یکون محتمله لذلک،و علیه یکون الآیه متشابهه لا تصلح للدلاله علی شیء من القولین.

و التحقیق أن المعلوم من الاخبار ثبوته فی البیع و القرض،و أما غیرهما فإشکال ینشأ من عموم أدله الحل-کأصاله الإباحه و دلاله الآیات و الروایات علی أن حصول

۱- ۱) سوره البقره الآیه-۲۷۵.

التراضی کاف فی الإباحه و حصر المحرمات،و لیس هذا منها،«و الناس مسلطون علی أموالهم» (۱)خرج ما خرج من ذلک بدلیل،و بقی الباقی-و من أن الربا قد ثبت تحریمه بالکتاب و السنه و الإجماع،و أنه لغه بمعنی الزیاده مطلقا،و لم یثبت له معنی شرعی و لا عرفی یوجب الخروج عن معناه لغه،و ما ذکره الأصحاب فی تعریفه مما قدمنا ذکره فی أول الفصل مجرد اصطلاح،و لکل أن یصطلح علی ما شاء مما قام له دلیله، و حینئذ فتعین حمله علی معناه اللغوی،خرج منه ما خرج بدلیل من إجماع و نحوه، و بقی الباقی تحت التحریم،و یؤیده ما فی کتاب مجمع البیان (۲)فی عله تحریم الربا،حیث قال:اما علة تحریمه فقد قیل:هی ان فیه تعطیل المعایش و الإجلاب و المتاجر إذا وجد المربی من یعطیه دراهم و فضلا بدراهم لم یتجر،و قال الصادق (علیه السلام):«انما شدد فی تحریم الربا لئلا یمتنع الناس من اصطناع المعروف قرضا أو رفدا».انتهی.

أقول و نظیر هذا الخبر الذی ذکره ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن سماعه (۳).

فی الموثق قال:

«قلت لأبی عبد الله(علیه السلام):انی رأیت الله قد ذکر الربا فی غیر آیه(و کرره)فقال:أو تدری لم ذلک؟قلت:لا قال:لئلا یمتنع الناس عن اصطناع المعروف».

و عن هشام بن سالم (۴)عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«انما حرم الله

۱- ۱) البحار ج ۲ ص ۲۷۲.

۲- ۲) تفسیر المجمع ج ۲ ص ۳۹۰ طبع صیدا.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۱۴۶ التهذیب ج ۷ ص ۱۷ و فیه(و کبره)بدل (و کرره).

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۱۴۶ التهذیب ج ۷ ص ۱۷.

الربـا لكيلاـ يمتنع الناس من اصـطناع المعروف» (۱). و الظـاهر أن المراد بـالمعروف هـو مـا ذكره فی الخبـر الأـول من القرض و الرفد،و أما ما ذكره بعض الأفاضل من أن خبر كتاب مجمع البيان انما هو مضمون هذين الخبرين،و أن قوله قرضا و رفدا انما هو من كلاـم صـاحب الكتـاب تفسـيرا منه للمعروف فالظـاهر بعـده،لمـا علم من نقله فی هـذا الكتاب كثيرا أخبارا ليست فی الكتب الأربعه،و أيضا فلفظ خبره غير ألفاظ هـذين الخبرين،و من القاعـده المعهوده بين المحدثين فی نقل الاخبار أنه متى أريد تفسـير بعض الألفاظ فی الخبر يشيرون الى ذلک بلفظ يدل عليه.

و روى الصدوق بإسناده عن هشام بن الحكم (۲)

أنه سـأل أبا عبـد الله (عليه السـلام)عن عله تحريم الربا،فقال:انه لو كان حلالا لترک الناس التجارات و ما يحتاجون اليه،فحرم الله الربا ليفر الناس من الحرام الى الحلال و الى التجارات من البيع و الشراء،فيبقى ذلک بينهم فی القرض.

و يعضـد مـا ذكرنـاه من العموم أيضـا ما نقله فی كتاب مجمع البيان (۳)عن ابن عبـاس،قـال:«كان الرجل منهم إذا حل دينه على غريمـه،فطـالبه بـه،قـال المطلوب منـه:زدنی فی الأجـل و أزيـدک فی المـال،فيتراضـيان عليـه و يعملاـن بـه،فـإذا قيـل لهـم:هـذا ربا،قالوا:هما سواء،يعنون بـذلک ان الزياده فی الثمن حال البيع، و الزياده فيه بسـبب الأجل عند محل الدين سواء فذمهم الله به،و ألحق الوعيد بهم

۱- ۱) أقول:و يعضده ما رواه الصدوق فی العلل فيما كتبه الرضا(عليه السـلام) فی جواب مسائل محمد بن سـنان فی حديث قال فيه:و عله تحريم الربـا بالنسـيئه لعله ذهـاب المعروف،و تلف الأموال،و رغبه الناس فی الربـح، و تركهم القرض،و القرض صـنائع المعروف.الحديث منه رحمه الله.

۲- ۲) الفقيه ج ۳ ص ۳۷۱.

۳- ۳) تفسير المجمع ج ۲ ص ۳۸۹ ط صيدا.

و خطأهم فی ذلک بقوله (۱)«أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبٰا» الی ان قال:و الفرق بینهما ان الزیاده فی أحدهما لتأخر الدین و فی الأخر لأجل البیع»الی آخره، و الظاهر انه لذلک صرح الأصحاب بتحریم الزیاده لزیاده الأجل مع أن ذلک لیس بیعا و لا قرضا.

و الظاهر أنه الی ذلک یشیر ما رواه

المشایخ الثلاثه(نور الله تعالی مراقدهم) فی الصحیح و الحسن (۲)بأسانید عدیده و اختلاف لا یضر بالمعنی،عن ابی جعفر و أبی عبد الله(علیهما السلام)

«أنه سئل عن الرجل یکون علیه الدین إلی أجل مسمی فیأتیه غریمه فیقول له:انقدنی کذا و کذا،و أضع عنک بقیته،أو یقول:انقدنی بعضه،و أمد لک فی الأجل فیما بقی؟قال:لا أری به بأسا،انه لم یزدد علی رأس ماله،قال الله جل ثناؤه «فَلَکُمْ رُؤُسُ أَمْوٰالِکُمْ،لاٰ تَظْلِمُونَ وَ لاٰ تُظْلَمُونَ» . فان فیه إشاره الی عدم جواز التأجیل بالزیاده علی الحق،و ان کان علی سبیل الصلح،فإنه ربا،کما یشیر الیه ذکر الآیه،و الربا و ان حصل بالنقص أیضا الا أن الخبر المذکور و غیره دل علی جوازه.

و یعضد هذا الخبر الذی هو فی قوه أخبار متعدده،کما أشرنا إلیه آنفا ما رواه

فی الکافی و التهذیب فی الحسن عن أبان (۳)عمن حدثه،عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«سألته عن الرجل یکون له علی الرجل الدین،فیقول له قبل أن یحل الأجل:

عجل النصف من حقی علی أن أضع عنک النصف،أ یحل ذلک لواحد منهما؟ قال:نعم».

۱- ۱) سوره البقره الآیه-۲۷۵.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۵۹ التهذیب ج ۶ ص ۲۰۷ الفقیه ج ۳ ص ۲۱.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۲۵۸ التهذیب ج ۶ ص ۲۰۶.

ثم ان من الاخبار الداله على وقوعه فى القرض ما رواه

فى الفقيه مرسلا مقطوعا، (۱)قال:

«الربـا ربـاء ان،ربا يؤكل و ربا لا يؤكل، (۲)فأما الربا الـذى يؤكل فهـديتك الى الرجل تطلب منه الثواب أفضل منها،فذلك الربا الـذى يؤكـل، و هو قول الله عز و جـل «وَ مٰا آتَيْتُمْ مِنْ رِباً لِيَرْبُوَا فِي أَمْوٰالِ اَلنّٰاسِ فَلاٰ يَرْبُوا عِنْدَ اَللّٰهِ» (۳)و أما الربا الـذى لا يؤكل فهو أن يدفع الرجل الى الرجل عشره دراهم على أن يرد عليه أكثر منها،فهذا الذى نهى الله عنه،فقال يٰا أَيُّهَا اَلَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللّٰهَ » (۴)الايه.

و قال الرضا(عليه السلام)فى كتاب الفقه الرضوى (۵):

«و اعلم أن الربا رباء ان ربا يؤكل و ربا لا يؤكل،فأما الربا الـذى يؤكل فهو هـديتك الى الرجل تطلب الثواب أفضل منه،فأما الربا الذى لا يؤكل،فهو ما يكال و يوزن،فإذا دفع الرجل الى رجل عشره دراهم على أن يرد عليه أكثر منها فهو الذى نهى الله عنه،

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۱۸۲.

۲ - ۲) أقول صـدر عبارته الى قوله و أما الربـا الـذى لاـ يؤكـل فهـو ان يـدفع الى آخره مـأخوذ مـن روايـه إبراهيـم بـن عمر اليمـانى(المـذكور فى الفقيه(الفقيه ص ۱۷۵.) و قوله و امـا الربـا الـذى لاـ يؤكـل مأخوذ من كلامه(عليه السـلام)فى كتاب الفقه الرضوى(عليه السلام)كما ذكرناه،و يقصد تمام العباره زياده على ما ذكرناه،فان ما فى الفقيه عين عباره كتاب الفقه الرضوى كما ذكرناهمـا، و بـذلك يظهر أن ما توهمه بعض المحققين من أنه من كلام الصـدوق حيث ذكره ذيل صـحيحه شـعيب بن يعقوب فهو هنا غلط محض منه رحمه الله.

۳- ۳) سوره الروم الآيه-۳۹.

۴- ۴) سوره البقره الآيه-۲۷۸.

۵- ۵) المستدرک ج ۲ ص ۴۷۹.

فقال يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللّهَ وَ ذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا »الايه.

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن خالد بن الحجاج (۱)قال:

«سألته عن رجل کانت لی علیه مأه درهم عددا قضانیها مأه درهم وزنا قال:لا بأس ما لم تشارط، قال:و قال:جاء الربا من قبل الشروط،و انما یفسده الشروط»:.

و ما رواه

الشیخ فی التهذیب عن داود الأبزاری (۲)قال:

«لا یصلح ان تقرض ثمره و تأخذ أجود منها بأرض أخری غیر التی أقرضت فیها».

و من هذه الروایات یظهر ضعف تخصیص الربا بالبیع،کما أشرنا إلیه آنفا، و مما یمکن الاستدلال به للقول بالعموم أیضا إطلاق جمله من الاخبار المتقدمه فی المسائل السابقه،مثل

صحیحه عمر بن یزید (۳)عن ابی عبد الله(علیه السلام) قال:

«یا عمر قد أحل الله البیع و حرم الربا،فاربح و لا تربه،قلت:و ما الربا؟قال:

دراهم بدراهم،مثلان بمثل».

و التقریب فیها ان الدراهم بالدراهم یجری فی جمیع المعاوضات التی تکون بالدراهم کذلک،و ذکر الدراهم و المثل بالمثلین انما خرج مخرج التمثیل.

و موثقه عبید بن زراره (۴)عن ابی جعفر(علیه) قال:

«لا یکون الربا الا فیما یکال أو یوزن».

و صحیحه الحلبی (۵)عن ابی عبد الله(علیه السلام) قال:

«لا یصلح التمر الیابس بالرطب».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۴۴ التهذیب ج ۷ ص ۱۱۲.

۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۹۱ الرقم-۲۹.
۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۱۸ الفقيه ج ۳ ص ۱۷۶.
۴- ۴) الكافى ج ۵ ص ۱۴۶ التهذيب ج ۷ ص ۱۷.
۵- ۵) الكافى ج ۵ ص ۱۸۹ التهذيب ج ۷ ص ۹۴.

و صحیحه أبی بصیر (۱)و غیره عن ابی عبد الله(علیه السلام) قال:

«الحنطه و الشعیر رأسا برأس لا یزداد واحد منهما علی الآخر».

و روایه عبد الرحمن بن ابی عبد الله (۲)قال:

«قلت لأبی عبد الله(علیه السلام) یجوز قفیز من حنطه،بقفیزین من شعیر؟قال:لا یجوز إلا مثلا بمثل».

و صحیحه الحلبی (۳)عن ابی عبد الله(علیه السلام) قال:

«الفضه بالفضه مثلا بمثل لیس فیه زیاده و لا نقصان الزائد و المستزید فی النار».

و صحیحه محمد بن مسلم (۴)قال:

«سألته عن الرجل یدفع الی الطحان الطعام فیقاطعه علی ان یعطی صاحبه لکل عشره أرطال اثنی عشر دقیقا؟فقال:

لا قلت:الرجل یدفع السمسم الی العصار،و یضمن لکل صاع أرطالا مسماه، قال لا».

و ظاهر هذه الروایه المنع من تقبیل الحنطه علی الطحان بالدقیق و السمسم علی العصار،و لهذا عد العلامه تحریم التقبیل و استدل بالروایه المذکوره،و بالجمله فإن الاحتیاط فی القول بالعموم ان لم یکن هو الأظهر،و الله العالم.

الفصل السابع فی الصرف

اشاره

و هو لغه الصوت،و شرعا بیع الأثمان:و هی الذهب و الفضه بالأثمان،قیل:

کأنه انما سمی بذلک لما یشتمل علیه من الصوت عند تقلیبها فی البیع و الشراء،

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۸۷ التهذیب ج ۷ ص ۹۷ الفقیه ج ۳ ص ۱۷۸.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۸۸ التهذیب ج ۷ ص ۹۶.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۹۸.

۴- ۴) الکافی ج ص ۱۸۹ التهذیب ج ۷ ص ۹۶ الفقیه ج ۳ ص ۱۴۷.

و انما سمی الجنسان المذکوران ثمنا لأنهما یقعان عوضا عن الأشیاء،و یفترقان بباء العوض غالبا،بل نقل العلامه قطب الدین الرازی عن شیخه العلامه الحلی(قدس سرهما)انهما ثمن و ان اقترنت الباء بغیرهما،حتی لو باع دینارا بحیوان ثبت للبائع الخیار مدعیا علی ذلک الاتفاق.

و تحقیق الکلام فی هذا الفصل یقع فی مسائل.

[المسأله] الأولی [اشتراط التقابض قبل التفرق]

اشاره

-ینبغی أن یعلم انه یشترط فی الصرف-زیاده علی ما یشترط فی مطلق البیع و فی الربا-التقابض قبل التفرق،فلو تفرقا قبل التقابض بطل،و الکلام فی التفرق هنا علی حسب ما تقدم فی خیار المجلس (1)و ربما عبر بعضهم بالمجلس، یعنی التقابض فی المجلس،و الأظهر ما ذکرناه کما عبر به کثیر منهم،إذا المدار علی عدم التفرق،فلو فارقا المجلس مصطحبین فإنه ما لم یفترقا یصح التقابض.

ثم انه قد وقع الخلاف هنا فی موضعین،أحدهما-أنه قد صرح العلامه فی التذکره بأن القبض قبل التفرق شرط و واجب أیضا،بمعنی أنهما لو ترکاه یأثمان بذلک کما یأثمان بالربا،فإن أراد التفرق قبله یفسخان العقد،ثم یفترقان و الا یأثمان، و هو ظاهر فی قطعه بوجوب الوفاء به،و التأثیم بترکه اختیارا،و جعله بمنزله الربا، حتی أوجب علیهما التفاسخ قبل التفرق لو تعذر علیهما التقابض،و جعل تفرقهما قبله بمنزله الربوی نسیئه،فإن بطلانه لا یغنی عن الإثم به.

و هو ظاهر عباره الدروس أیضا حیث قال:و یجب فیه التقابض قبل التفرق، و ان کان الوجوب فی مثل هذا المقام قد یعبر عنه عن الشرط،و یسمی بالوجوب الشرطی،و قد تقدم نظیر هذه المسأله فی کتاب الطهاره،فی الطهاره بالماء النجس و کیف کان فالظاهر بعد ما ذکره،إذ غایه ما یستفاد من الاخبار بطلان العقد للإخلال بشرطه.

1- 1) ص 10.

و ثانيهما اشتراط التقابض فى المجلس أو قبل التفرق هو المشهور،و نقل عن الصدوق العدم،فيصح التقابض،و ان لم يكن فى أحد الوصفين المذكورين.

و الذى يدل على المشهور جمله من الاخبار،و منها ما رواه

الكلينى و الشيخ (روح الله روحيهما)عن عبد الرحمن بن الحجاج (۱)فى الصحيح قال:

«سألته عن الرجل يشترى من الرجل الدراهم بالدنانير فيزنها و ينقدها و يحسب ثمنها كم هو دينارا،ثم يقول:أرسل غلامك معى حتى أعطيه الدنانير،فقال:ما أحب أن يفارقه حتى يأخذ الدنانير،فقلت:انما هم فى دار واحده و أمكنتهم قريبه بعضها من بعض،و هذا يشق عليهم،فقال:إذا فرغ من وزنها و انتقادها فليأمر الغلام الذى يرسله أن يكون هو الذى يبايعه،و يدفع اليه الورق و يقبض منه الدنانير حيث يدفع اليه الورق».

و ما رواه

الشيخ فى التهذيب عن منصور بن حازم (۲)فى الصحيح عن أبى عبد الله(عليه السلام)،قال:

«إذا اشتريت ذهبا بفضه أو فضه بذهب،فلا تفارقه حتى تأخذ منه،و ان نزا حائطا فانز معه».

و عن محمد بن قيس (۳)فى الصحيح عن أبى جعفر(عليه السلام) قال:

«قال أمير المؤمنين(عليه السلام):لا يبتاع رجل فضه بذهب الا يدا بيد،و لا يبتاع ذهبا بفضه إلا يدا بيد».

و عن محمد بن مسلم (۴)قال:

«سألته عن الرجل يبتاع الذهب بالفضه مثلا بمثلين،فقال:لا بأس به يدا بيد»،.

و عن الحلبى (۵)فى الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله(عليه السلام)عن رجل ابتاع من رجل بدينار فأخذ بنصفه بيعا و بنصفه

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۲۵۲ التهذيب ج ۷ ص ۹۹.
۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۹۹.
۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۹۹ الكافى ج ۵ ص ۲۵۱.
۴- ۴) التهذيب ج ۷ ص ۹۸.
۵- ۵) الكافى ج ۵ ص ۲۴۷ التهذيب ج ۷ ص ۱۰۰.

ورقا؟قال:لا بأس به،و سألته هل يصلح أن يأخذ بنصفه ورقا أو بيعا،و يترك نصفه حتى يأتى بعد فيأخذ منه ورقا أو بيعا قال:«ما أحب أن أترك شيئا حتى آخذه جميعا فلا تفعله».

قال المحقق الأردبيلى-بعد نقل هذه الاخبار-:و فى دلاله الكل تأمل، إذ ليست الاخبار بصريحه فى الاشتراط،بل و لا فى الإثم،لأن يدا بيد كأنه كنايه عن النقد لا النسيئه،فلا يدل على اشتراط القبض،و لفظ ما أحب يشعر بالاستحباب و هو ظاهر.

و فى التهذيب و الاستبصار أخبار كثيره صريحه فى جواز النسيئه فى بيع الذهب و الفضه بعضا ببعض،و أصل الصحه و عموم الأدله أيضا يقتضى عدم البطلان بالمفارقه انتهى.

أقول:لا يخفى ما فى هذه المناقشه من الضعف الظاهر للخبير الماهر،أما ما ذكره من عدم الدلاله على الإثم فجيد،و اما دعوى عدم الصراحه فى الاشتراط فالخبر الأول منها صريح الدلاله فى المنع من التأخير بعد نقد الدراهم و وزنها الى أن يرسل غلامه معه،و المفروض أنهم فى دار واحده كما صرح به فى الخبر،فلم يرض(عليه السلام) الا ان يرسل الغلام معه و يجعله وكيلا فى البيع و التقابض فى المكان الذى تدفع فيه الورق،و أى نص أصرح من ذلك.

و مثله صحيحه منصور الداله على النهى عن المفارقه حتى يأخذ منه،و النهى حقيقه فى التحريم،و المبالغه فى أنه ان نزا حائطا فانز معه،لئلا يحصل المفارقه الموجبه لبطلان العقد،فهل فوق هذا التصريح بالشرطيه من مزيد ان لم نقل بالوجوب كما قيل به،ما هذا الأعجب عجيب من هذا المحقق الأريب.

و أما قوله«ان يدا بيد»كأنه كنايه عن النقد لا النسيئه،ففيه أنه لا يخفى أن حقيقه هذا اللفظ المتبادر من حاق النظر فيه انما هو التقابض فى المحل،و المعنى

الذی ذکره انما هو معنی مجازی کما یشیر الیه قوله(کأنه)و حمل اللفظ علی خلاف حقیقته لا یصار الیه الا بدلیل یمنع من اراده حقیقته،و الأمر انما هو بالعکس.

و أما لفظ لا-أحب فإنه و ان اشتهر بینهم أنه من ألفاظ الکراهه،إلا أنا قد حققنا فی غیر موضع مما تقدم أن هذا من الألفاظ المتشابهه،لاستعماله فی الاخبار بمعنی التحریم کثیرا مع استعماله فیها بمعنی الکراهه،فلا-یحمل علی أحدهما إلا بالقرینه، و القرینه هنا علی اراده التحریم،قوله علیه السلام فی آخر الخبر المذکور«فلا تفعله» الذی هو نهی و حقیقه فی التحریم،مع اعتضاد ذلک بباقی أخبار المسأله التی قد عرفت صراحتها فی الحکم المذکور.

و بذلک یظهر لک أن الاخبار المذکوره کلها متفقه الدلاله علی الشرطیه، و لو ادعی الوجوب من بعضها کما قیل به لم یکن بعیدا لهذه النواهی،من قوله «فلا تفارقه،و لا تفعله»و لأمر بأن ینز معه الحائط.

و بالجمله فإن الظاهر أن هذا المقال انما نشأ من الاستعجال و عدم التأمل فیما نقله من الاخبار بعین التحقیق و الاعتبار.

و أما الاخبار التی أشار إلیها فهی کما ذکره و هی مستند الصدوق فیما تقدم نقله عنه.

و منها ما رواه

الشیخ عن عمار الساباطی (۱)قال:

«سمعت أبا عبد الله(علیه السلام) یقول:لا بأس أن یبیع الرجل الدینار بأکثر من صرف یومه نسیئه».

و عن عمار الساباطی فی الموثق (۲)و رواه

الصدوق عن عمار أیضا عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«قلت له:الرجل یبیع الدراهم بالدنانیر نسیئه قال:لا بأس».

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۱۰۰.
۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۱۰۰ الفقیه ج ۳ ص ۱۸۳.

و عن عمار الساباطی (۱)عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«الدنانیر بالدراهم بثلاثین أو أربعین أو نحو ذلک نسیئه لا بأس».

و عن زراره (۲)عن أبی جعفر(علیه السلام)

«قال لا بأس ان یبیع الرجل الدینار نسیئه بمائه و أقل و أکثر».

و عن عمار الساباطی (۳)فی الموثق عن أبی عبد الله(علیه السلام)

«عن الرجل هل یحل له أن یسلف دنانیر بکذا و کذا درهما إلی أجل معلوم قال:نعم،و عن الرجل یحل له أن یشتری دنانیر بالنسیئه قال:نعم انما الذهب و غیره فی الشراء و البیع سواء».

و عن محمد بن عمرو (۴)

«قال کتبت الی ابی الحسن الرضا(علیه السلام) ان امرأه من أهلنا أوصت أن ندفع إلیک ثلاثین دینارا،و کان لها عندی،فلم یحضرنی فذهبت الی بعض الصیارفه،فقلت:أسلفنی دنانیر علی أن أعطیک ثمن کل دینار سته و عشرین درهما،فأخذت منه عشره دنانیر بماءتین و ستین درهما و قد بعثتها إلیک،فکتب(علیه السلام)الی:وصلت الدنانیر».

قال الشیخ بعد نقل اخبار العمار:الأصل فیها عمار،فلا تعارض الأخبار الکثیره السابقه،ثم قال:و یحتمل ان قوله(نسیئه)صفه لدنانیر،و لا یکون حالا للبیع،بمعنی ان من کان له علی غیره دنانیر نسیئه جاز ان یبیعها علیه فی الحال بدراهم و یأخذ الثمن عاجلا.انتهی.

و لا یخفی ما فیه من البعد،و أکثر المتأخرین من أصحاب هذا الاصطلاح المحدث،ردوا هذه الاخبار بضعف الاسناد،و اعتمدوا علی الإجماع حیث لم یظهر الخلاف فی المسأله الا من الصدوق،و خلاف معلوم النسب غیر قادح فیه،و الیه

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۱۰۰ و ص ۱۰۱.
۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۱۰۰ و ص ۱۰۱.
۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۱۰۰ و ص ۱۰۱.
۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۱۰۰ و ص ۱۰۱.

يشير كلامه فى المسالك (۱).

و بعضهم ممن يعمل بالموثق احتمل الجمع بين الاخبار بحمل ما دل على المشهور على الفضل و الاستحباب،و ما دل على مذهب الصدوق على الجواز،و هذه القاعده الغالبه بينهم فى الجمع بين الاخبار مع تعارضها.

و الأقرب عندى هو حمل هذه الاخبار الأخيره على التقيه،و إن لم يعلم القائل الان بذلك كما أوضحناه فى المقدمه الاولى من مقدمات الكتاب المتقدمه فى جلد كتاب الطهاره (۲)فإن الأخبار المذكوره ظاهره فى المخالفه،و اتفاق الأصحاب قديما و حديثا على الحكم المذكور-مع تظافر أخبارهم به-دليل ظاهر على كونه ذلك مذهب أئمتهم(عليهم السلام)،فان مذهب كل امام لا يعلم الا بنقل اتباعه و علمهم به،و تخرج الأخبار المذكوره شاهدا،و حينئذ فلا مناص فيما خالف ذلك عن الحمل على النقيه التى هى فى الأحكام الشرعيه أصل كل بليه،و قد تقدم فى المقدمه المشار إليها دلاله الأخبار المتكاثره على إيقاعهم(عليهم السلام)الاختلاف فى الأحكام و ان لم يكن بها قائل من أولئك الطغام الذين هم أضل من الانعام.

و ربما احتمل بعض المحدثين حمل الأخبار المذكوره على الأخذ بطريق القرض،قال:فإنه يجوز رد العوض بحسب التراضى فيما بعد من غير شرط و لو بزياده،كما يأتى إنشاء الله تعالى.

و لا يخفى بعده من سياق الأخبار المذكوره،ثم احتمل التقيه أيضا و هو جيد لما ذكرناه،و مما يرجح الأخبار الأوله موافقتها للاحتياط،و هذا من جمله المرجحات المنصوصه فى مقام اختلاف الاخبار،كما اشتملت عليه روايه زراره و الله العالم.

۱- ۱) حيث قال:و نبه بالأشهر على خلاف الصدوق بن بابويه حيث لم يعتبر المجلس استنادا الى روايات ضعيفه،و الأصحاب كلهم على خلاف فربما كان الشرط إجماعيا.انتهى منه رحمه الله المسالك ص ۲۰۱.

۲- ۲) جلد ۱ ص ۵.

فروع

الأول [لو قبض البعض]

-قالوا:لو قبض البعض صح فيما قبض حسب،و بطل فی غیر المقبوض، و یتخیر کل منهما فی فسخ المقبوض و إمضائه لتبعیض الصفقه ان لم یکن حصل منهما تفریط فی تأخیر القبض،و الا فلا،و لو اختص أحدهما بعدم التفریط اختص بالخیار.

أقول:قد تقدم

فی صحیحه الحلبی (۱)

«فی الرجل یبتاع من رجل بدینار هل یصلح أن یأخذ بنصفه ورقا أو بیعا و یترک نصفه حتی یأتی بعد فیأخذ منه ورقا أو بیعا قال:ما أحب أن أترک شیئا حتی آخذه جمیعا فلا یفعله». و ظاهر الخبر مع صحه سنده بطلان المعامله من رأس،لا الصحه فی النصف و التخییر فی الباقی کما ذکروه.

الثانی [لو وکل أحدهما فی القبض عنه]

-قالوا:لو وکل أحدهما فی القبض عنه فقبض الوکیل قبل تفرقهما صح،و لو قبض بعد التفرق بطل،قال فی المسالک:الضابط فی ذلک أن المعتبر حصول التقابض قبل تفرق المتعاقدین،فمتی کان الوکیل فی القبض غیر المتعاقدین، اعتبر قبضه قبل تفرق المتعاقدین،و لا اعتبار بتفرق الوکیلین،و متی کان المتعاقدان وکیلین اعتبر تقابضهما فی المجلس،أو تقابض المالکین قبل تفرق الوکیلین،و بنحو ذلک صرح المحقق الثانی فی شرح القواعد.

الثالث [إذا اشتری دراهم بدنانیر،ثم اشتری بها دنانیر قبل القبض]

-المشهور بین الأصحاب أنه إذا اشتری الإنسان دراهم بدنانیر،و قبل قبض الدراهم من البائع اشتری بها دنانیر لم یصح الثانی،لأن ذلک العوض فی الصرف موقوف علی التقابض،و لم یحصل فیکون قد باع ثانیا ما لم یملکه،و حینئذ

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۴۷ التهذیب ج ۷ ص ۱۰۰.

فلو افترقا و الحال كذلك بطل العقدان معا.

أما الأول فلعدم التقابض و أما الثانى فلما عرفت من بيع ما لم يملكه،و الأصل فى ذلك ما ذكره الشيخ فى النهايه،و تبعه أكثر الأصحاب عليه قال:إذا باع الإنسان دراهم بالدنانير لم يجز له أن يأخذ بالدنانير دراهم مثلها الا بعد أن يقبض الدنانير، ثم يشترى بها دراهم إنشاء.

و خالفه ابن إدريس فقال:ان لم يتفارقا من المجلس الا بعد قبض الدراهم المبتاعه بالدنانير التى على المشترى الأول،فلا بأس بذلك،و ان لم يكن قبضه الدنانير التى هى ثمن الدراهم الأول المبتاعه،هذا إذا عينا الدراهم الأخيره،فان لم يعيناها فلا يجوز ذلك،لانه يكون بيع دين بدين،و ان عيناها لم يصرح بيع دين بدين،بل يصير بيع دين بعين.

و رده العلامه فى المختلف بأنه غير جيد قال:أما أولا فلان الشيخ يمنع من بيع ما يكال و يوزن قبل قبضه،و أما ثانيا فحكمه بأنه لو اشترى بثمن غير معين كان قد اشترى بالدين ليس بمعتمد.انتهى ملخصا.

أقول:اما ما ذكره من التعليل للبطلان فى الوجه الأول،فهو وجه آخر ايضا لعدم الصحه،زياده على الوجه الذى قدمناه،و هو عدم ملكه لعدم التقابض الذى هو شرط فى صحه الملك فى الصرف.

و اما ذكره فى الوجه الثانى فهو مبنى على ان الثمن متى لم يكن عينا بل فى الذمه،و ان كان حالا غير مؤجل هل هو من قبيل الدين،فيصدق على بيع الدين به أنه بيع دين بدين،أم لا يصدق ذلك حتى يكون دينا قبل وقوع العقد؟و ظاهر اختيار جمله من الأصحاب الثانى،و منهم شيخنا الشهيد الثانى،فإنه صرح بأن ذلك ليس من بيع الدين بالدين،و انما يصدق ذلك فيما إذا كان دينا قبل العقد،و ظاهر العلامه هنا ذلك أيضا،و قد تقدمت الإشاره الى هذه المسأله و سيأتى تحقيقها إنشاء الله تعالى فى باب الدين،قال فى المسالك.بعد نقل ملخص كلام ابن إدريس-:

و ینبغی القول بالصحه مطلقا إذا تقابضا قبل التفرق،و غایه ما یحصل فی البیع الثانی أن یکون فضولیا،فإذا لحقه القبض صح،و سیأتی أن بیع الدین بالدین علی هذا الوجه غیر ممتنع.انتهی.

الرابع-لو کان له علیه دراهم فاشتری بها دنانیر

صح و ان لم یتقابضا، و کذا لو کان له علیه دنانیر فاشتری بها دراهم،لان النقدین من جنس واحد،و ما فی الذمه بمنزله المقبوض،فلا یحتاج الی تقابض زائد علی ذلک.

أقول:و الأصل فی هذه المسأله ما رواه

المشایخ الثلاثه(عطر الله مراقدهم) فی الصحیح عن إسحاق بن عمار (۱)قال:

«قلت لأبی عبد الله(علیه السلام)یکون للرجل عندی الدراهم الوضح فیلقانی فیقول لی:کیف سعر الوضح الیوم؟فأقول له:کذا و کذا،فیقول لی:أ لیس عندک لی کذا و کذا ألف درهم وضحا؟ فأقول:نعم،فیقول:حولها الی دنانیر بهذا السعر و أثبتها لی عندک فما تری فی هذا؟ فقال لی:إذا کنت قد استقصیت له السعر یومئذ فلا بأس بذلک،فقلت:انی لم أوازنه و لم أناقده،انما کان کلاما بینی و بینه،فقال:أ لیس الدراهم من عندک و الدنانیر من عندک،فقلت:بلی،قال:لا بأس بذلک».

و نحوه

موثق عبید بن زراره (۲)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن الرجل یکون لی عنده دراهم فآتیه فأقول:حولها لی دراهم و أثبتها عندک و لم أقبض منه شیئا؟قال:لا بأس».

و جمع من الأصحاب عبروا فی هذا المقام بعباره الخبر،قال فی النهایه:

إذا کان للإنسان علی صیر فی دراهم أو دنانیر فیقول له حول الدنانیر الی الدراهم، أو الدراهم الی الدنانیر،و ساعره علی ذلک کان جائزا و ان لم یوازنه فی الحال و لا یناقده،لان النقدین من عنده.

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۴۵ التهذیب ج ۷ ص ۱۰۲ الفقیه ج ۳ ص ۱۸۶.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۴۷ التهذیب ج ۷ ص ۱۰۳.

و اعترضه ابن إدريس هنا فقال:ان أراد بـذلك أنهما افترقا قبل التقابض فى المجلس،فلا يصـح ذلك و لا يجوز بغير خلاف،لان الصـرف لاـ يصـح أن يفترقا من المجلس الا بعـد التقابض،و ان افترقا قبل أن يتقابضا بطل البيع و الصـرف،و ان أراد أنهما تقاولا على السـعر،و عينا الـدراهم المبتاعه و الدنانير المبيعه و تعاقد البيع و لم يوازنه و لا ناقده،بل نطق البائع بمبلغ المبيع ثم تقابضا قبل التفرق و الانتقال من المجلس كان ذلك جائزا صـحيحا،و ان أراد الأول كان باطلا بلا خلاف،يدل عليه قوله فى المبسوط تصح الإقاله فى جميع السـلم و بعضه،فإن أقاله من الجميع برىء المسـلم اليه من المسـلم فيه،و لزمه رد ما قبضه من رأس المال ان كان قائما، و ان كان تالفا لزمه مثله،فان تراضـيا بقـدر بـدله من جنس آخر بأن يأخـذ الدراهم بدل الدنانير أو بالعكس كان جائزا،فإن أخذ الدنانير بدل الدراهم أو بالعكس وجب التقابض فى المجلس،لانه صـرف،و ان أخذ عوضا آخر جاز أن يفارقه قبل القبض، لانه بيع عوض معين بثمن فى الذمه.انتهى.

أقول:ما ذكره ابن إدريس جيد على مقتضـى أصـله الغير الأصـيل،و الا فأى مانع من ذلك بعد دلاله الأخبار عليه،و اسـتثناء ذلك من قاعده العرف بالاكتفاء بهذا الكلام بينهما من حيث اتحاد من عليه الحق،فيكون كالتقابض،و ربما حمل كلام الشيخ المذكور على التوكيل،و كـذلك الخبران المـذكوران،فان قوله حول الـدراهم الى الدنانير،أو الدنانير الى الدراهم نوع توكيل،و حينئذ فلا اشكال و ان لم يتقابضا فى المجلس.

قال فى المسالك:و ربما بنوا حكمهم على مقدمات يلزم من صـحتها صحه الحكم هنا،الاولى-ان الأمر بالتحويل توكيل فى تولى طرفى العقد،فان التوكيل لا ينحصر فى اللفظ،الثانيه-أنه يصح تولى طرفى العقد من الواحد.

الثالثه-أنه يصح أيضا توليه طرفى العقد.الرابعه-ان ما فى الذمه مقبوض.

الخامسه-ان بيع ما فى الذمه للغير من الدين الحال بثمن فى ذمته ليس بيع دين بدين.

السادسه ان الوكيل فى البيع إذا توقفت صحته على القبض يكون وكيلا فيه، و الا فإن مطلق التوكيل فى البيع لا يقتضى التوكيل فى القبض و إذا سلمت هذه المقدمات صحت المسأله،انتهى.

و هو جيد لو ثبت توقف صحه البيع عليها،الا أن الظاهر أنه ليس كذلك،و ان كان جواز بعضها مما يفهم من الخبرين المذكورين،و العمده هو ورود النص بذلك و لا يجب علينا تطلب وجهه و سببه،كما فى أكثر النصوص التى لا يمكن معرفه العله فيها لما ذكر فيها من الأحكام،و الظاهر أنه لا مخالف فى هذا الحكم سوى ابن إدريس، و كل من تأخر عنه رد كلامه لما ذكر فيها،و ظاهر المحقق الأردبيلى هنا الميل الى ما ذهب اليه ابن إدريس،حيث قال بعد قول المصنف«و لو كان له عليه دراهم فاشترى بها دنانير أو بالعكس صح و ان لم يتقابضا»ما صورته (۱):يعنى إذا كان لزيد مثلا على عمرو فى ذمته دراهم فضه و قال:اشتريت منك الدنانير بها،صح الصرف، و لا يحتاج الى التقابض بأن يوكله فى قبضه له الدنانير،و لا تعيينه لنفسه ما به الدنانير من الدراهم و ان كان مطلقا و فى الذمه،و لا الى مضى زمان يسع التقابض،فلو تفرق قبله لم يبطل،فيطالبه بالدنانير لحصول القبض و فيه تأمل واضح،لان الدراهم و ان كانت مقبوضه،و لكن الدنانير غير مقبوضه للمشترى فما حصل التقابض،و هو قبض كل واحد مال الأخر الذى انتقل إليه بواسطه البيع و الشراء و هو ظاهر.نعم يمكن ذلك لو و كله فى القبض و التعيين للمشترى الدنانير،بل ينبغى تعيينه الدراهم أيضا ثم القبض لنفسه قبل التفرق،و يمكن ان يكون المراد أن يكون الدنانير أيضا فى ذمه المشترى

۱- ۱) كذا صوره العباره فى الأصل المنقول منه،و الظاهر انه لا يخلو من غلط، الا أن المعنى ظاهر،و هو أنه لا يحتاج ايضا الى تعيين الدنانير للمشترى و بيان كميتها و عددها و الدراهم للبائع و بيان قدرها،كما هو مشترط فى البيع فى غير هذه الصوره،بل يكفى التهاتر الواقع بعد وقوع المقاوله على السعر و تعينه،و ان كان الجميع فى الذمه مطلقا.منه رحمه الله.

فهى أيضا مقبوضه له،و حينئذ يكون كل المال المنتقل إلى الأخر مقبوضا له، و الظاهر صحه البيع و عدم الاحتياج الى التوكيل للتعيين و القبض،و لا-الى مضى زمان،لصدق القبض المفهوم من الاخبار التى هى دليل الحكم،لانه يصدق أنه باع يدا بيد،و المبيع و المشترى مقبوض لهما،و أنه أخذا قبل التفرق،و هو ظاهر من غير فرق بين المتجانسين المتساويين و المختلفين مطلقا،الا أنه يجىء فيه الاشكال من جهه أنه بيع دين بدين،و الظاهر عدم جوازه.انتهى.

أقول:ظاهر هذا الكلام أن قائله قد غفل عن ملاحظه الخبرين المتقدمتين فى المسأله،و ظن أن هذا الحكم انما وقع فى كلام الأصحاب،و لهذا تأوله بقوله و يمكن أن يكون المراد الى آخره،و أن هذا الفرض انما يجرى فى عباره المصنف المذكوره لا فى الاخبار،لأنها صريحه فى كون الثمن و المثمن انما هو عند الذى عليه الطلب،و يؤيده ما قلناه أنه فى جميع الأحكام يبالغ فى تتبع الاخبار و نقلها و إيرادها من مؤالف و مخالف،هنا لم يتعرض للخبرين المذكورين بالكليه،و لو بالإشاره،و انما تكلم على عباره المصنف كى يبين مراده أولا،ثم ناقشه بمناقشه ابن إدريس للشيخ،مع أن المصنف و غيره إنما أخذوا الحكم المذكور من الخبرين، و لكنهم عبروا بهذه العباره لصراحتها فى البيع و الشراء،بخلاف لفظ التحويل الذى فى الخبرين،و حينئذ فالعذر له ظاهر،و الا فلو أنه اطلع على الخبرين و مع هذا عدل عن القول بما دلا عليه،لأجاب عنهما و تأولهما كما هى عادته و قاعدته،و بالجمله فإن كلامه هنا بالنظر الى الخبرين مما لا يلتفت اليه،و لا يعرج عليه،و الله العالم.

المسأله الثانيه [وجوب تساوى الجنس مع الاتحاد]

-قالوا:إذا اتحدت الجنس وجب التساوى قدرا و ان اختلفا فى الجوده و الرداءه و الصفه،و إذا اختلفا فيه جاز الاختلاف زياده و نقصانا.

أقول:أما وجوب التساوى مع الاتحاد فلما استفاضت به الاخبار من أن الزياده مع الاتحاد رباء محض

كصحيحه الحلبى (۱)عن أبى عبد الله(عليه السلام)

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۹۸.

قال: «الفضه بالفضه مثلا بمثل ليس فيه زياده و لا نقصان،الزائد و المستزيد فى النار».

و روايه وليد بن صبيح (۱)قال:

«سمعت أبا عبد الله(عليه السلام)يقول الذهب بالذهب،و الفضه بالفضه الفضل فيهما هو الربا المنكر».

و صحيحه محمد بن مسلم (۲)

«عن أبى جعفر(عليه السلام)أنه قال:الورق بالورق وزنا بوزن،و الذهب بالذهب وزنا بوزن».

و صحيحه إسحاق بن عمار (۳)قال:

«قلت لأبى عبد الله(عليه السلام):

الدراهم بالدراهم و الرصاص؟فقال:الرصاص باطل». الى غير ذلك من الاخبار،و فى الخبر الأخير دلاله على حصول الربا بالزياده و ان كانت من غير الجنس.

و اما جواز البيع مع الاتحاد و ان اختلفا فى الجوده و الرداءه فلما تقرر عندهم من أن جيد كل جنس و رديه واحد (۴)و يدل عليه

صحيحه الحلبى (۵)قال:

«سألت أبا عبد الله(عليه السلام)عن الرجل يستبدل الكوفيه بالشاميه وزنا بوزن فيقول الصيرفى:لا أبدل لك حتى تبدل لى يوسفيه بغله وزنا بوزن،فقال:لا بأس فقلت:إن الصيرفى إنما طلب فضل اليوسفيه على البغله،فقال:لا بأس به».

و روايه أبى بصير (۶)قال:

«سألت أبا عبد الله(عليه السلام)عن الرجل يستبدل الشاميه بالكوفيه وزنا بوزن فقال:لا بأس به». و أما مع الاختلاف فلا اشكال لعدم

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۹۸.
۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۹۸.
۳- ۳) الكافى ج ۵ ص ۲۴۶.
۴- ۴) قال فى الشرائع:و يستوى فى وجوب التماثل المصوغ و المكسور و جيد الجوهر و رديه،و ظاهر بعض مشايخنا وجود القول هنا بالمنع من حيث ان الجوده زياده حكميه فيحصل بها الربا حينئذ،و الروايات ترده. منه رحمه الله.
۵- ۵) الكافى ج ۵ ص ۲۴۷.

٦- ٦) التهذيب ج ٧ ص ١٠٤.

المانع مع استكمال شروع البيع كما تقدم فى فصل الربا.

المسأله الثالثه [حكم ما إذا كان فى الفضه غش مجهول] :

قد صرحوا بأنه إذا كان فى الفضه غش مجهول لم يبع الا بالذهب أو بجنس غير الفضه و كذلك الذهب».

قال فى المسالك:هذا مبنى على الغالب من أن المغشوش لا يباع بوزنه خالصا، لان البيع مبنى على المماكسه و المغالبه،فلا يدفع المشترى بوزن المغشوش صافيا، و الا فلو فرض وقوع ذلك صح بيعه بجنسه أيضا،بل متى علم زياده الخالص عن مجانسه المغشوش صح و ان لم يبلغ قدر المجموع من النقد و الغش.انتهى.

أقول:الوجه-فيما ذكره(قدس سره)-هو أنه إذا بيع المغشوش بالخالص وزنا فإنه يكون الزياده التى فى الخالص فى مغابله الغش،فلا مانع حينئذ،لكن لما كان بناء البيع و الشراء على ما ذكره لم يجز ذلك الا مع علم المشترى و رضاه بذلك،و أما إذا كان الغش معلوما فإنه يجوز بيعه بمثل جنسه مع زياده تقابل الغش و كذا لو جهل بان جهل قدره،و لكن علم أنه لا يزيد عن النصف،فإنه يجوز بيعه بزياده يسيره عن النصف من جنسه،و ينصرف الزائد فى مقابله الغش،و معنى المقابله فى هذا المواضع أن تصلح عوضا فى مقابله الغش بحيث تتمول و ان لم يكن قدره قيمه.

و كيف كان فالظاهر أنه لا بد من التقابض قبل التفرق فى المقام الذى يصح فيه البيع كما هو الشرط فى الصرف.

قال العلامه فى التذكره الدراهم و الدنانير المغشوشه إذا علم مقدار الغش فيها جاز بيعها بجنسها بشرط زياده فى السليم تقابل الغش ليخلص من الربا لو بيع بقدر الصافى منها،و يجوز بيعها بغير الجنس مطلقا،و ان لم يعلم مقدار الغش وجب أن تباع بغير جنسها حذرا من الربا،لإمكان أن يتساوى الصافى و الثمن فى القدر،فيبقى الغش زياده فى أحد متساويين.

و لما رواه

ابن سنان (۱)فی الصحیح عن الصادق(علیه السلام) قال:

«سألته عن شراء الفضه فیها الرصاص بالورق و إذا خلصت نقصت من کل عشره درهمین أو ثلاثه؟قال:لا یصلح الا بالذهب،و سألته عن شراء الذهب فیه الفضه و الزیبق و التراب بالدنانیر و الورق،فقال:لا تصارفه الا بالورق». و لو بیع بوزن المغشوش فإنه یجوز،إذ الفاضل من الصافی یقابل الغش،إذا ثبت هذا فإنه لا یجوز إنفاقه إلا بعد إبانته و إیضاح حاله،الا أن یکون معلوم الصرف بین الناس.انتهی.

أقول:لا یخفی:أن الخبر المذکور بحسب ظاهره مناف لما قدمناه مما ظاهرهم الاتفاق علیه من جواز بیع المغشوش بجنسه الخالص إذا کان مساویا له فی الوزن،لانصراف الزیاده التی فی الخالص الی الغش،لانه قد نهی(علیه السلام) عن شراء الفضه التی فیها الرصاص بالورق،و أمر بالذهب،و من المعلوم أنه لا یقع الشراء الا بالوزن،و قد عرفت أنه مع تماثلهما فی الوزن و تساویهما یصح البیع، لانصراف الزیاده التی فی الخالص الی الغش الذی فی الأخر،فالواجب حمل الخبر علی ما ذکره شیخنا المتقدم ذکره من أنه لما کان بناء البیع و الشراء علی المماکسه و المغالبه-فالمشتری لا یبذل فضه خالصه أو ذهبا خالصا فی مقابله غش-منع (علیه السلام)من هذه المقابله الا بغیر الجنس.

المسأله الرابعه [فی أحکام بیع تراب المعدن] :

قالوا:و لا یباع تراب معدن الفضه بالفضه،و انما یباع بالذهب و کذا معدن الذهب انما یباع بالفضه لا بالذهب احتیاطا فی الموضعین، (۲)و لو جمعا فی صفقه جاز بیعهما بالذهب و الفضه معا و یجوز بیع جوهر الرصاص و الصفر بالذهب و الفضه و ان کان فیه یسیر فضه أو ذهب،لان الغالب غیرهما،و أنه یجوز

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۱۰۹.

۲- ۲) أقول المراد بالاحتیاط یعنی ان مستند الوجوب هو الاحتیاط و التحرز من الوقوع فی الربا لا بمعنی الاستحباب کما هو المتبادر.منه رحمه الله.

إخراج الـدراهم المغشوشه مع جهاله الغش إذا كانت معلومه الصـرف بين الناس، و ان كانت مجهوله الصـرف لم يجز إنفاقها إلا بعد ابانه حالها،و هذا الكلام يتضمن جمله من الأحكام.

الأول-حكم بيع تراب المعـدن،أما بيع كل منهما بالاخر فلا شك فى جوازه، لعدم الربا بالزياده مع اختلاف الجنس،و كذا يصـح ايضا بيعه بمثله (۱)إذا علم المقـدار و التساوى ان لم يكن لما صـحبه من المعدن قيمه و الا فبالمثل مع اشـتماله على زياده تقابل تراب المعدن،و لكن لما كان الفرض بعيدا لم يذكروا ذلك.

و أما بيعهما بالنقدين إذا جعلا فى صفقه واحده فلا إشكال أيضا فى صحته للتخالف،و انصراف كل الى ما يخالفه،و يدل عليه

روايه عبد الله مولى عبد ربه (۲)عن أبى عبد الله(عليه السلام) قال:

«سألته عن الجوهر الذى يخرج من المعدن، و فيه ذهب و فضه و صفر جميعا كيف نشتريه؟فقال تشتريه بالذهب و الفضه جميعا».

و روايه عبد الله بن سنان (۳)عن أبى عبد الله(عليه السلام) قال:

«سألته عن شـراء الـذهب فيه الفضه بالـذهب؟قال لا يصـلح الا بالـدنانير و الورق». و يمكن هنا أيضا البيع بأحـدهما إذا تحقق فى الثمن اشـتماله على مثل معـدنه و زياده تقابل المعـدن الأخر و هو ظاهر،و الظاهر أنه لبلد فرضه لم ينبهوا عليه،و أظهر جوازا البيع بغيرهما.

۱- ۱) اى بمثل الفضه أو الذهب،و لهذا قال:إذا علم المقدار،و أما بيعه بمثل الجميع من التراب و بما فيه من الذهب أو الفضه،فلا يجوز إذ لم يكن للتراب قيمه،لان ما فيه من التراب لا قيمه له،فيبقى الزائد فى المقابل بغير عوض و يلزم الربا فيه.منه رحمه الله.
۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۱۱۱ الكافى ج ۵ ص ۲۴۹.
۳- ۳) التهذيب ج ۸ ص ۱۰۹.

و کیف کان فلا بد من اعتبار شرائط البیع الأخر،و الظاهر ان مثل هذا لا یدخل فی باب الصرف فیشترط فی صحته التقابض فی المجلس أو قبل التفرق،لانه لا یصدق علیه بیع الأثمان بالأثمان،و عدم صدق الذهب و الفضه و انما هو تراب الذهب و تراب الفضه،الا ان الذی یظهر من اخبار بیع السیوف المحلاه (۱)کما یأتی إنشاء الله-تعالی-اشتراط التقابض قبل التفرق،فینبغی أن یکون هنا أولی، و الاحتیاط لا یخفی.

الثانی ما ذکره من أنه یجوز بیع الرصاص بالفضه و الصفر بالذهب،و ان اشتمل کل منهما علی یسیر من جنس ما بیع به،فهو مما لا خلاف فیه و لا اشکال، لاضمحلال ما فی کل منهما من یسیر الذهب و الفضه فی جنب ما هو فیه،و صدق الاسم بدونهما،و الأحکام تابعه لصدق التسمیه و هو بمنزله الحلیه التی تعمل فی سقوف البیوت و جدرانها غیر مقصوده بالبیع،و لا ملحوظه فیه،فلا یشترط حینئذ فی صحه البیع العلم بزیاده الثمن عن ذلک الیسیر من الذهب أو الفضه،لیکون فی مقابله الجنس الأخر.

و یدل علی ذلک أیضا

صحیحه عبد الرحمن بن الحجاج (۲)عن أبی عبد الله (علیه السلام)

«فی الأسرب یشتری بالفضه،فقال:ان کان الغالب علیه الأسرب فلا بأس به». و الظاهر أن المراد الغلبه فی صدق الاسم کما یدل علیه الخبر الاتی لا الغلبه فی الجنس.

و ما رواه

فی الکافی عن معاویه بن عمار (۳)و غیره عن أبی عبد الله(علیه السلام)

۱- ۱) الوسائل الباب-۱۵-من أبواب الصرف.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۴۸ التهذیب ج ۷ ص ۱۱۲.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۲۵۱ التهذیب ج ۷ ص ۱۱۱.

قال: «سألته عن جوهر الأسرب و هو إذا خلص كان فيه فضه أ يصلح ان يسلم الرجل فيه الدراهم المسماه؟فقال إذا كان الغالب عليه اسم الأسرب فلا بأس بذلك يعنى لا يعرف إلا بالأسرب».

أقول:و يحتمل أن يكون هذا التفسير من الامام(عليه السلام)و يحتمل أن يكون من الراوى،و احتمال كونه من الكلينى بعيد.

و أما التعليل فى جواز البيع فى الصوره المذكوره بما تقدم نقله عنهم من أن جواز ذلك لكون الصفر و الرصاص هو الأكثر و الغالب فلا يحسم ماده الشبهه،فإن مجرد الأغلبيه غير كاف فى جواز البيع بذلك النقد كيف اتفق،حتى لو كان عشرا يمكن تمييزه لم يجز بيعه بجنسه الا مع الزياده فى الثمن عليه بحيث تقابل مقابل الأخر كما تقدم و يمكن حمل كلامهم على أن المراد الغلبه المستوليه على النقد بحيث اضمحل معه تجوزا كما تجوزوا فى قولهم فى باب الأحداث النوم الغالب على الحاستين، بمعنى اضمحلال الحس بهاتين الحاستين تحت النوم.

الثالث ما ذكروه من أنه يجوز إخراج الدراهم المغشوشه الى آخره،فإنه يدل عليه جمله من الاخبار.

منها ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح أو الحسن عن عمر بن يزيد (1)عن أبى عبد الله(عليه السلام)

فى إنفاق الدراهم المحمول عليها فقال:إذا كان الغالب عليها الفضه،فلا بأس بإنفاقها».

أقول:المراد بالمحمول عليها المغشوشه حيث إنه حمل عليها من غيرها، كما يظهر من الاخبار الاتيه.

و عن ابن رئاب (2)قال:

«لا أعلمه إلا عن محمد بن مسلم قال:قلت لأبى

1- 1) الكافى ج 5 ص 253 التهذيب ج 7 ص 108.
2- 2) الكافى ج 5 ص 253 التهذيب ج 7 ص 109.

عبد الله(علیه السلام):الرجل یعمل الدراهم یحمل علیها النحاس أو غیره ثم یبیعها؟ فقال:إذا کان بین الناس ذلک فلا بأس». کذا فی الکافی،و المراد إذا کان رائجا بین الناس،و فی التهذیب«إذا بین ذلک فلا بأس»و هو معنی صحیح الا ان الأول أوفق بأخبار المسأله.

و ما رواه

فی الکافی عن حریز (۱)قال:

«کنت عند أبی عبد الله(علیه السلام) فدخل قوم من أهل سجستان فسألوه عن الدراهم المحمول علیها؟فقال:إذا کان جوازا لمصر».

و عن أبی العباس البقباق (۲)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن الدراهم المحمول علیها؟فقال:إذا أنفقت بما یجوز بین أهل المدینه أو البلد فلا بأس، و ان أنفقت ما لا یجوز بین أهل المدینه فلا».

و ما رواه

فی التهذیب عن عمر بن یزید (۳)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام) عن إنفاق الدراهم المحمول علیها؟فقال إذا جازت الفضه(المثلین)فلا بأس».

و عن محمد بن مسلم (۴)عن ابی جعفر(علیه السلام) قال:

«جاء رجل من أهل سجستان فقال له:ان عندنا دراهم یقال لها الشاهیه تحمل علی الدراهم دانقین؟ فقال:لا بأس به إذا کان یجوز».

و عن محمد بن مسلم (۵)

«قال،سألته عن الدراهم المحمول علیها؟قال:لا بأس بإنفاقها».

و عن المفضل بن الجعفی (۶)

«قال کنت:عند أبی عبد الله(علیه السلام)فالقی بین یدیه الدراهم فقال:أیش هذا؟قلت:ستوق،قال:و ما الستوق؟فقلت:طبقتین

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۵۳.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۵۳.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۱۰۸ الرقم-۶۹-و فی الوافی(الثلثین)بدل المثلین.

۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۱۰۸ الرقم-۷۱.

۵- ۵) التهذیب ج ۷ ص ۱۰۸ الرقم-۶۸.

۶- ۶) التهذیب ج ۷ ص ۱۰۸ الرقم-۷۲.

فضه،و طبقه من نحاس،و طبقه من فضه؟فقال:اكسرها فإنه لا يحل بيع هذا و لا إنفاقه» (۱).

قال فی الوافی الستوق بالضم و الفتح معا و تشدید التاء،و تستوق بضم التاء المزیف البهرج الملبس بالفضه،«طبقتین فضه»الصواب طبقه من فضه و کأنه مما صحفه النساخ،و حمل منع إنفاقه فی التهذیبین علی ما إذا لم یتبین أنه کذلک:فیظن الأخذ أنه جید.انتهی.

أقول:الظاهر أن المراد من هذه الاخبار و کذا ما قدمناه من کلام الأصحاب انما هو بیان جواز إنفاق هذه الدراهم فی سائر المعاملات دون ما یتعلق به الربا و یدخل فی الصرف،وقوفا علی قواعد الأصحاب المذکوره فی سابق هذه المسأله،فلو أرید المعامله بها فی أحد هذین الوجهین فلا بد من مراعاه شروطهما کما تقدم،و مرجع ذلک الی أنه متی کان عاده البلد المعامله بذلک النقد المغشوش مع معلومیه حاله

۱- ۱) قال ابن إدریس فی کتاب السرائر:أما استفهام الامام(علیه السلام) ما هو التسوق،فإنها کلمه فارسیه غیر عربیه،و هی مفتوحه السین الغیر المعجمه مشدده التاء المنقطه من فوقها نقطتین المضمومه،فالواو و القاف و معناها ثلاث طبقات،لان ست بالفارسیه ثلاثه،و توق طبقات و هو الزایف الردی البهرج،قال الصولی فی کتاب الأوراق:اعترض مخلد الشاعر الموصلی الخلیفه المعتمد لما دخل الموصل بمدح،و حلفه ان یسمعه فأحضره و سمع مدحه،ثم قال:أنشدنی هجاک لأهل الموصل فأنشده. هم قعدوا فانتفوا لهم حسبا یجوز بعد العشاء فی العجب حتی إذا ما الصباح لاح لهم تبین ستوقهم من الذهب و الناس قد أصبحوا صیارفه أعلم شیء لبهرج النسب انتهی منه رحمه الله.

عندهم کهذه الفروش التی فی بلد ان الروم،و الطویله التی فی بلاد الأحساء، فإنها من الصفر الملبس بالفضه،فلا بأس بالمعامله بها و إنفاقها،و ما عدا ذلک،فلا یجوز إنفاقه إلا مع الا علام بحاله،کما تقدم نقله عن العلامه فی آخر عبارته المتقدمه، و علی هذا حمل الشیخ خبر المفضل المذکور.

و یدل علی ذلک صریحا ما رواه

فی التهذیب عن جعفر بن عیسی (۱)قال:

«کتبت الی أبی الحسن الأول(علیه السلام):ما تقول:جعلت فداک فی الدراهم التی أعلم أنها لا تجوز بین المسلمین إلا بوضیعه،تصیر الی من بعضهم بغیر وضیعه لجهلی به، و انما أخذته علی أنه جید،أ یجوز لی أن آخذه و أخرجه من یدی الیه علی حد ما صار الی من قبلهم؟فکتب(علیه السلام):لا یحل ذلک،و کتبت الیه:جعلت فداک هل یجوز ان وصلت الی رده علی صاحبه من غیر معرفته به أو إبداله منه،و هو لا یدری أنی أبدله منه و أورده علیه؟فکتب(علیه السلام)لا یجوز».

و مما ذکرنا یظهر ما فی کلام المحقق الأردبیلی(طاب ثراه)فی هذا المقام من النظر الظاهر لذوی الأفهام،و ذلک فی موضعین:أحدهما أنه قال فی سابق هذه المسأله بعد بیان حکمها ما صورته:و فی الاخبار الکثیره المعتبره أنه یجوز بیعه بمثل ما فیه ان کان الغالب هو أو الغش بحیث یطلق علیه اسم ذلک،فالظاهر ان المراد أن أحدهما مضمحل و لا قیمه له،ثم استدل بحسنه عمر بن یزید الاولی من الروایات المتقدمه،و روایه علی بن رئاب عن محمد بن مسلم و صحیحه عبد الرحمن الحجاج الوارده فی الأسرب،و روایته الأخری الوارده أیضا فیه.

و أنت خبیر بما قدمنا تحقیقه أن المراد من روایتی عمر بن یزید و علی بن رئاب المذکورتین فی کلامه انما هو إنفاق الدراهم المغشوشه فی المعامله فی غیر ما یدخل فی الربا بالصرف،و ان کان الغش کثیرا کما صرح به(علیه السلام)فی روایه

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۱۱۶ الرقم ۱۱۲.

عمر بن يزيد الثانيه من قوله(عليه السلام)«إذا جازت الفضه الثلثين فلا بأس»فإنه يعطى جواز المعامله بما يكون الغش فيه يبلغ الربع و على ذلك يدل إطلاق جمله من أخبار المسأله،و تمسكه فى ذلك بخبرى عبد الرحمن بن الحجاج ليس فى محله، لان هذا حكم آخر كما فصلناه هنا.

قال فى المسالك فى هذه المسأله:و لا يخفى أن المراد هنا الغش المعتبر،دون ما يستهلك لقلته،نبه عليه فى التذكره انتهى،و بالجمله فالخبران اللذان أوردهما أولا انما هما من قبيل باقى الأخبار التى سردناها،و قد عرفت المراد منها،و ليسا من أخبار المسأله المتقدمه كما ظنه،و محمل التأويل فيهما،و الخبران الأخيران قد تقدم محلهما،و ليس هما من أخبار المسأله السابقه أيضا كما توهمه.

و ثانيهما ما ذكره و قبله المحقق الشيخ على فى شرح القواعد من حمل الصرف فى كلام المتقدمين-كالعباره التى قدمنا نقلها عنهم فى صدر المسأله من قولهم يجوز إخراج الدراهم المغشوشه مع جهاله الغش إذا كانت معلومه الصرف، و ان كانت مجهوله الصرف لم يجز إنفاقها-على الصرف بمعنى معلوميه قيمه ما فيها من الصافى أو قيمته،و كذا مجهوليه الصرف بمعنى عدم العلم بقدر ما فيه من الصافى.

و المفهوم من الاخبار التى قدمناها أن المراد بالصرف فى عباراتهم انما هو الرواج فى المعامله و مضيها بين الناس من غير توقف فى أحدها لمكان الغش مع العلم بذلك،فمتى كان رائجا فى المعامله جاز إنفاقه،و ان لم يكن رائجا فى تلك البلد و لا متعاملا به وجب الاعلام بغشه،سواء علم قدر ما فيه من الخالص أو لم يعلم.

و بما ذكرناه صرح شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك-فقال بعد ذكر عباره المصنف كما قدمنا ذكره فى صدر المسأله-:المراد بكونها معلومه الصرف كونها متداوله بين الناس مع علمهم بحالها،فإنه يجوز حينئذ إخراجها،و ان لم يعلم بقدر

ما فيها من الغش،فلو كانت مجهوله الصرف بحيث لو علموا بحالها ما قبلوها وجب على مخرجها ابانه حالها،بأن يقول:إنها مغشوشه و ان لم يبين قدر غشها الى آخره.

المسأله الخامسه [فی أحكام بيع المراكب و الأشياء المحلاه]

-المراكب المحلاه إذا علم ما فيها من الحليه يجوز بيعها بجنسها بشرط أن يزيد الثمن عما فيها،أو توهب الزياده من غير شرط و يجوز بيعها ايضا بغير جنسها مطلقا،و ان جهل ما فيها-و ان أمكن نزعه من غير ضرر-بيعت بغير جنس الحليه،و ان بيعت بجنس الحليه قيل:يجعل معها شیء من المتاع،و تباع بزياده عما فيها تقريبا،دفعا لضرر النزع،هكذا قالوا.

و الذی وقفت عليه من الاخبار منها-

روايه إبراهيم بن هلال (۱)قال:

« قلت لأبی عبد الله(عليه السلام):جام فيه ذهب و فضه،أشتريه بذهب أو فضه؟ فقال:ان كان تقدر على تخليصه فلا،و ان لم تقدر على تخليصه فلا بأس».

و صحيحه عبد الله بن سنان (۲)قال:

«سألت أبا عبد الله(عليه السلام)عن شراء الذهب فيه الفضه و الزيبق و التراب بالدنانير و الورق فقال:لا تصارفه الا بالورق قال:و سألته عن شراء الفضه فيها الرصاص و الورق إذا خلصت نقصت من كل عشره درهمين أو ثلاثه قال لا يصلح الا بالذهب».

و روايه أبی بصير (۳)قال:

«سألت أبا عبد الله(عليه السلام)عن بيع السيف المحلى بالنقد؟فقال:لا بأس به،قال:و سألته عن بيعه بالنسيئه،فقال:إذا نقد مثل ما فی فضته فلا بأس به أو ليعطی الطعام».

و موثقه محمد بن مسلم (۴)قال:

سئل عن السيف المحلى،و السيف الحديد

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۱۱۲.
۲- ۲) الكافی ج ۵ ص ۲۴۹ التهذيب ج ۷ ص ۱۰۹.
۳- ۳) الكافی ج ۵ ص ۲۵۰ التهذيب ج ۷ ص ۱۱۲ و ص ۱۱۴.
۴- ۴) الكافی ج ۵ ص ۲۵۰ التهذيب ج ۷ ص ۱۱۲ و ص ۱۱۴ و ليس فی الكافی كلمه بالفضه).

المموه(بالفضه)يبيعه بالـدراهم؟قال:نعم و بالذهب،و قال:انه يكره أن يبيعه بنسـيئه،و قال:إذا كان الثمن أكثر من الفضه فلا بأس».
كذا فی الكافی،و فی التهذیب (بع بالذهب)مکان:نعم و بالذهب.

و صحیحه عبد الرحمن بن الحجاج (۱)قال:

«سألته عن السـیوف المحلاه فیها الفضه تباع بالذهب إلی أجل مسمی؟فقال:ان الناس لم یختلفوا فی النساء أنه الربا،و انما اختلفوا فی الیـد بالیـد،فقلت له:فتبیعه بـدراهم بنقد؟فقال:کان أبی(علیه السـلام)یقول:یکون معه عرض أحب الی،فقلت:إذا کان الدراهم التی تعطی أکثر من الفضه التی فیها؟فقال:و کیف لهم بالاحتیاط بذلک؟قلت له:

فإنهم یزعمون أنهم یعرفون ذلک فقال:ان کانوا یعرفون ذلک فلا بأس،و الا فإنهم یجعلون معه العرض أحب الی».

و صحیحه عبد الله بن سنان (۲)عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«لا بأس ببیع السیف المحلی بالفضه بنساء إذا نقد ثمن الفضه و الا فاجعل ثمن فضه طعاما و لینسه ان شاء».

و روایه منصور الصیقل (۳)عن أبی عبد الله(علیه السلام)

«قال سألته عن السیف المفضض تباع بالدراهم؟قال:ان کانت فضته أقل من النقد فلا بأس، و ان کانت فضته أکثر فلا یصلح».

و عن أبی بصیر (۴)قال:

«سألته عن المفضض»الحدیث مثله.

و روایه منصور الصیقل (۵)ایضا عن ابی عبد الله(علیه السلام)قال:

قلت له:السیف أشتریه و فیه الفضه تکون الفضه أکثر أو أقل؟قال:لا بأس به».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۵۱ التهذیب ج ۷ ص ۱۱۳.
۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۱۱۲.
۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۱۱۳.
۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۱۱۳.
۵- ۵) التهذیب ج ۷ ص ۱۱۳.

و روایه عبد الله بن جذاعه (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن السیف المحلی بالفضه یباع بنسیئه؟قال:لیس به بأس،لأن فیه الحدید و السیر».

و ما رواه

الحمیری فی کتاب قرب الاسناد عن عبد الله بن الحسن العلوی عن جده علی بن جعفر (۲)عن أخیه موسی بن جعفر(علیهما السلام) قال:

«سألته عن الفضه فی الخوان و القصعه و السیف و المنطقه و السرج و اللجام تباع بدراهم أقل من الفضه أو أکثر قال:تباع الفضه بدنانیر،و ما سوی ذلک بدراهم». و رواه علی بن جعفر فی کتابه.

أقول:ینبغی أن یعلم أولا أن من القواعد المقرره فی کلام الأصحاب-و هو المستفاد من الاخبار کما تقدم ذکره فی باب الربا-ان المجتمع من جنسین یجوز بیعه بغیر جنسیهما مطلقا،و بهما معا سواء علم قدر کل واحد من المجتمع أم لا-إذا عرف قدر الجمله،و سواء أمکن تخلیصهما أم لا،و یجوز أیضا بکل واحد منهما إذا علم زیادته عن جنسه بحیث یصلح ثمنا للآخر و ان قل و لم یکن قیمته واقعا (۳)، و حینئذ فما دلت علیه روایه إبراهیم بن هلال«من النهی عن شراء اللجام إذا کان یقدر علی تخلیصه»لعله محمول علی الکراهه،و الا-فلو شراه بأحدهما مع زیادته علی ما فیه من ذلک الجنس الأخر فلا-إشکال فی صحته،بناء علی ما عرفت.

و ما دلت علیه صحیحه عبد الله سنان الاولی-من أنه لا یصلح شراء الفضه المغشوشه بالرصاص بالورق-قد تقدم بیان لوجه فیه فی المسأله الثانیه.

۱- ۱) الوسائل الباب-۱۵-من أبواب الصرف الحدیث-۱۰.

۲- ۲) الوسائل الباب-۱۵-من أبواب الصرف الحدیث-۱۱.

۳- ۳) اشتراط العلم کما ذکرنا مذهب الأکثر،و به صرح فی الدروس و مثله الشهید الثانی فی الروضه،و بالاکتفاء بالظن الغالب صرح الشهید فی اللمعه و الظاهر الأول.منه رحمه الله.

و ما فی روایه أبی بصیر-من نفی البأس عن بیع السیف المحلی بالنقد-فیحمل علی المخالفه فی جنسی النقد و الحلیه،أو زیاده الثمن ان کان من جنسها،و ما نفی عنه البأس من بیعه نسیئه إذا نقد مثل ما فی الفضه ظاهر فی کون ذلک من باب الصرف کما تقدمت الإشاره إلیه،فیشترط فیه التقابض فی المجلس بالنسبه إلی الحلیه،و ما قابلها من الثمن،فإذا نقد مثل الفضه،فلا بأس بالنسبه فی الباقی، و الا فلیجعل جنسا آخر کالطعام،و مثل هذه فی ذلک صحیحه عبد الله سنان.

و أما موثقه محمد بن مسلم-فعلی تقدیر نسخه الکافی-فیها دلاله علی جواز البیع بالدراهم،لکن لا بد من التقیید بزیادتها علی ما فیه من الفضه لما عرفت،و علی تقدیر نسخه التهذیب فیها دلاله علی المنع من الدراهم،و یحمل علی عدم معلومیه الحلیه،لیحصل المخرج من الوقوع فی الربا بالزیاده فی الثمن،فلا یباع حینئذ إلا بجنس آخر،کما دلت علیه صحیحه عبد الرحمن الحجاج،و کراهه نسیئه فی الروایه أعم من أن یکون بالدراهم أو الدنانیر،و المراد بالکراهه التحریم کما هو شائع فی الاخبار،لما عرفت من أنه یلحقه حکم الصرف هنا،و قوله فیها إذا کان الثمن أکثر من الفضه فلا بأس فیه،دلاله علی جواز البیع بالدراهم مع زیادتها علی ما فیه من الحلیه،لیکون الزیاده فی مقابله الجنس الأخر.

و أما صحیحه عبد الرحمن الحجاج،فان قوله فیها أن الناس لم یختلفوا فی النسیء أنه الربا»مؤکد لما قلناه من حصول الربا بالنسیئه،لما تقدم من أن له قسطا من الثمن،و فیه دلاله ظاهر علی اعتبار الزیاده الحکمیه فی الربا،خلافا لابن إدریس من تخصیصه الزیاده الموجبه للربا بالعینیه.

و قوله«فقلت:فنبیعه بدراهم بنقد»الی آخر الخبر ملخصه أنه ان علم مقدار الفضه التی فی الحلیه،فالمخرج من الوقوع فی الربا زیاده الدراهم علی الفضه المذکوره،و ان لم یعلم فلا تباع الا بجنس آخر تحرزا من الوقوع فی الربا،

بان یکون الفضه التی فی الحلیه أزید من الدراهم المنقوده،بقی الإشکال فیه من قوله «انما اختلفوا فی الید بالید»مع انا لا نعلم خلافا فی اشتراط التقابض فی النقدین، و لم یذهب أحد إلی القول بعدم التقابض فی النقدین و انما الخلاف فی غیرهما کما تقدم،و الظاهر ان هذا الکلام إشاره الی ما ذکره محیی السنه من علماء العامه (۱)ان ذلک کان قدیما فی عصره(صلی الله علیه و آله)ثم نسخ،و بقی علیه أقوام لم یصل إلیهم النسخ،و منهم ابن عباس.

و أما روایه منصور الاولی فالمعنی فیها ظاهر مما عرفت.

و أما روایه الثانیه ففی ظاهرها نوع اشکال و الظاهر أن المعنی فیها هو ما فی روایته الاولی،و أن المراد بقوله أکثر أو أقل لا بالنسبه الی ما قابله من الثمن إذا کان دراهم،بل المراد کثیرا أو قلیلا،و لا بد من أقلیته بالنسبه إلی الثمن لینطبق علی الاخبار الباقیه.

و أما روایه عبد الله بن جذاعه فحملها الشیخ فی الاستبصار علی التقیید بأن نقد مثل ما فیه من الفضه،لیوافق ما تقدم مما دل علی الحکم المذکور.

و أما روایه علی بن جعفر فما ذکر فیها،أحد الوجوه الموجبه للخروج عن الربا،و لیس ذلک مخصوصا به لما عرفت مما تقدم.

بقی الکلام فی مواضع مما تقدم نقله عنهم فی صدر المسأله:منها قولهم أنه مع العلم بما فیها من الحلیه تباع بالجنس بشرط الزیاده،فإن فیه أنه یمکن ذلک فی صوره الجهل بقدرها إذا علم زیاده الثمن علی الحلیه،فإنه یمکن تصور العلم بالزیاده و ان جهل القدر.

۱- ۱) قال محیی السنه المذکور:فقال کان-فی الابتداء حین قدم النبی (صلی الله علیه و آله)المدینه-بیع الدراهم بالدراهم و الدنانیر بالدنانیر متفاضلا جائزا یدا بید،ثم صار منسوخا بإیجاب المماثله،و قد بقی علی المذهب الأول بعض الصحابه،و ممن لم یبلغهم النسخ کان عبد الله ابن عباس،و کان یقول:أخبرنی أسامه أن النبی(صلی الله علیه و آله) قال:انما الربا فی النسیئه.منه رحمه الله.

و منها قولهم و توهب الزياده من غير شـرط،و المراد منه أن المخرج من الربا هنا أن يهبه الزياده،لكن لا يقع ذلك شرطا فى عقد البيع بأن يبيعه بشـرط أن يهبه الزياده،لاستلزامه الزياده الحكميه فى أحد الجنسين،لان الشرط زياده حكميه كما سيأتى إنشاء الله-تعالى-بيانه فى اشتراط صـياغه الخاتم،و هـذه الزياده انما يتحقق و يحتاج الى التخلص بهبتها فيما إذا وقع البيع بالثمن على الحليه خـاصه إذا فرضت قـدر الثمن أو زائـده عليه،فـإنه يبقى مـا فيه الحليه زيـاده فى البين،و هو ظاهر،و لو وهبه الزياده قبل البيع صـح أيضا،و يجب تجريد عقد الهبه عن شـرط بيع الباقى بمثله،كما وجب تجريد عقد البيع عن شرط الهبه كما عرفت،لرجوع الأمرين الى ما تقدم من لزوم الزياده الحكميه.

و منها قولهم فى صوره الجهل بقدر الحليه و ان بيعت بجنس الحليه،«قيل:

يجعـل معهـا شـىء من المتـاع،الى آخره فان فيه أنك قـد عرفت انه مع الجهل بقـدرها يجوز بيعها بجنسـها مع العلم بزياده الثمن عليها،فإنه يمكن فرضه و يصح البيع، سواء جعل معها شىء آخر أم لا،و يصح أيضا مع عدم العلم بزياده الثمن عليها أن يضم الى الثمن متاع آخر،لينصرف الثمن إلى ذى الحليه،و المتاع إلى الحليه.

و أمـا على هـذا القول الـذى نقـل،فـان ظـاهره ضم المتـاع إلى الحليه،و هو غير ظاهر الاسـتقامه،لأنه مع ضم المتاع الى المبيع من الحليه و ذى الحليه يزيد الضـرر و المحذور،حيث يحتاج الى مقابله الثمن بها مع الباقى،و الظاهر أنه لذلك نقلوه بلفظ قيل إيذانا بضـعفه،و هذا القول للشـيخ فى النهايه و ذكر بعض الأفضل أن الشـيخ تبع فى ذلك روايه وردت بهذه الصيغه و نسبت الى و هم الراوى،و لم نقف عليها فيما وصل إلينا من الاخبار.

ثم انه ينبغى تقييـد هـذه الاخبـار الوارده فى هـذا المضـمار بما إذا كانت الحليه متموله،و الا فلو كانت من قبيل حليه الجـدران و السقوف فلا يترتب عليها الأحكام المذكوره كما تقدمت الإشاره اليه.و الله العالم.

ص:٣٠۴

المسأله السادسه [فی حکم ابتیاع درهم بدرهم مع اشتراط صیاغه خاتم]

-قال الشیخ فی النهایه (۱)لا بأس أن یبیع درهما بدرهم و یشترط معه صیاغه خاتم،أو غیر ذلک من الأشیاء،و قال ابن إدریس:

وجه الفتوی-بذلک علی ما قاله(رحمه الله)-أن الربا هو الزیاده فی العین إذا کان الجنس واحدا،و هنا لا زیاده فی العین،و یکون ذلک علی جهه الصلح فی العمل فهذا وجه الاعتذار له إذا سلم العمل به،و یمکن أن یحتج علی صحته بقوله -(تعالی)- (۲)«وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا» ،و هذا بیع،و الربا المنهی عنه غیر موجود هیهنا،لا حقیقه لغویه،و لا حقیقه عرفیه و لا شرعیه.

أقول:الأصل فی هذه المسأله ما رواه

الشیخ عن أبی الصباح الکنائی (۳)

۱- ۱) أقول قال فی النهایه السیوف المحلاه و المرکب المحلاه إذا کانت محلاه بالفضه و علم مقدار ما فیها جاز بیعها بالذهب و الفضه،فإن بیع بالفضه فیکون ثمن السیف أکثر مما فیه من الفضه،و ان لم یعلم مقدار ما فیها و کانت محلاه بالفضه فلا تباع الا بالذهب،و ان کانت محلاه بالفضه و أراد بیعها بالفضه و لیس لهم طریق إلی معرفه مقدار ما فیها فلیجعل معها شیئا آخر،و یبیع حینئذ بالفضه إذا کان أکثر مما فیه تقریبا،و لم یکن به بأس، و قال ابن إدریس بعد نقل ذلک:ولی فیه نظر،و لم یبین وجه النظر، قال فی المختلف بعد نقل ذلک:و الحق أن الفضه ان علم مقدارها جاز بیعها بأکثر منها،لیحصل من الثمن ما یساوی المقدار من الحلیه فی مقابلته، و الزیاده فی مقابله السیف،و ان لم یعلم بیعت بثمن غیر الفضه أو بالفضه مع علم زیاده الثمن،أو یضم الی الثمن شیئا فیکون الفضه فی مقابله السیف،و المضموم فی مقابله الحلیه لانتفاء الربا انتهی.و هو جید. منه رحمه الله.

۲- ۲) سوره البقره الآیه-۲۷۵.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۱۱۰.

قال: «سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن الرجل یقول للصائغ:صغ لی هذا الخاتم و أبدل لک درهما طازجا بدرهم غله؟قال:لا بأس». و الطازج الخالص معرب تازه، و الغله المغشوش.

و جمله من الأصحاب قد عبروا هنا بأنه یجوز ابتیاع درهم بدرهم مع اشتراط صیاغه خاتم،تبعا للشیخ،و ظاهر کلام الشیخ تعدیه الحکم الی غیر الصیاغه،بأن یبیعه درهما بدرهم و یشترط خیاطه ثوب أو نحو ذلک.

قیل.و فی تعدیه الحکم فی الثمن و المثمن بأن یبیع دینارا بدینار و یشترط عملا،و یبیع عشره دراهم بعشره،و یشترط عملا اشکال،و الأقرب الجواز تفریعا علی الجواز هنا أیضا لأن الزیاده المذکوره ان أوجبت الربا لزم التحریم فی الجمیع، و الا فلا.

و جمله من الأصحاب کالمحقق و غیره عبروا هنا بلفظ و روی-جواز ابتیاع درهم بدرهم مع اشتراط صیاغه خاتم-إیذانا بالتوقف فی الحکم المذکور و منع جمله منهم من تعدی موضع النص.

و التحقیق أن الروایه المذکوره لا صراحه فیها فیما ذکروه من البیع و انما تضمنت اشتراط ابدال درهم بدرهم فی صیاغه الخاتم لا البیع بشرط الصیاغه.

نعم ربما یقال:ان الإبدال من قبیل الصرف،و الزیاده فیه تصیر من قبیل الربا، و الجواب عنه أن یقال.ان اشتراط الصیاغه انما هو فی جانب الغله،و علی ذلک لا یتحقق الزیاده،لما عرفت من أن الدرهم الطازج هو الصحیح،و الغله المراد بها المغشوش،فالزیاده الحکمیه التی هی الصیاغه إذا جعلت مع المغشوش،قابلت الزیاده التی فی الخالص من الفضه علی المغشوش،و حینئذ لا مانع فی البیع و لا غیره و لا فی شرط صیاغه خاتم و لا غیره من الأعمال متی کان المفروض مثل ما وقع فی الروایه من النقصان فی أحد العوضین لیجبر بالعمل المشترط.

و بذلک یظهر لک ما فی الفروض المذکوره فی کلام ذلک القائل فی تعدیه الحکم الی بیع دینار بدینار،و عشره دراهم بعشره أخری و نحو ذلک،فإنه علی إطلاقه ممنوع،لحصول الربا بالزیاده الحکمیه،بل ینبغی تقییده بما دلت علیه الروایه من نقص أحد العوضین لیصح الاشتراط،و یندفع الربا.

و أما ما ذکره ابن إدریس من تخصیص الربا بالزیاده العینیه فی أحد الجنسین فیرده ما تقدم

فی صحیحه عبد الرحمن الحجاج من قوله(علیه السلام) (۱)

«أن الناس لم یختلفوا فی النسیء أنه الربا». و نحوها غیرها من الاخبار المانعه من البیع نسیئه لذلک.

و أما ما ذکره المحقق الأردبیلی(عطر الله مرقده)من أن ظاهر قوانینهم أنه لیس الجیاده زیاده تجبر بشیء،و لهذا لا یتحقق الربا بین الجید فی غایه الجیاده و الردی فی غایه الرداءه مع التساوی فی المقدار،و یتحقق مع التفاوت،و ان کان فی جانب الردی بشیء یسیر لا یقابل الجیاده التی فی الجید،و هو صریح کلامهم انتهی.

ففیه انه ینبغی أن یعلم أن هنا شیئین،أحدهما أن تکون الفضه خالصه،و إذا عملت دراهم جعل فیها غیرها من نحاس أو رصاص أو غیرهما و یسمی حینئذ مغشوشه و ثانیهما أن تکون الفضه من أصلها و معدنها ردیه غیر جیده،و المراد من الدراهم الجیاد و الدراهم الردیه انما هو ما کان باعتبار أصل الجوهر،لا من حیث ضم شیء الیه و عدمه،و ما نحن فیه انما هو من قبیل الأول،لأن الغله کما ذکرنا هی الدرهم المغشوش بغیره،و ما اعترض به انما هو من الثانی،و هو مما لا خلاف فیه،لانه لیس فیه شیء غیر الفضه من الأشیاء الخارجیه عنها،الا أن فضته لیست جیده، و یدلک علی ذلک ما تقدم فی المسأله الثالثه فی الفضه المغشوشه من أنها لاتباع الا بغیر الجنس،أو به مع الزیاده فی الثمن لیقابل ما فیها من الغش.و بالجمله فإن کلامه

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۱۱۳.

هنا غفله عن الفرق بين الأمرين.و الله العالم.

المسأله السابعه– [فى حكم] الأوانى المصبوغه من الذهب و الفضه

و ان كان كل واحد منهما معلوما جاز بيعه بجنسه من غير زياده،و بغير الجنس و ان زاد،و ان لم يعلم و أمكن تخليصهما لم يبع بالذهب و لا بالفضه و بيعت بهما أو بغيرهما،و ان لم يمكن و كان أحدهما أغلب بيعت بالأقل،و ان تساويا تغليبا بيعت بهما،هكذا صرح به بعضهم.

و قيل:ان أصل هذا الكلام للشيخ و تبعه عليه الجماعه،و هو على إطلاقه مدخول،و يحتاج الى تنقيح.

و ذلك فإنك قد عرفت فيما تقدم فى المسأله الخامسه أن من القواعد المتفق عليها نصا و فتوى أن المجتمع من جنسين يجوز بيعه بغير جنسيهما مطلقا،و بهما معا سواء علم قدر كل واحد من المجتمع أم لا إذا عرف قدر الجمله،و سواء أمكن تخليصهما أم لا،و يجوز أيضا بكل واحد منهما إذا علم زيادته عن جنسه،بحيث تصلح ثمنا للآخر و ان قل،سواء أمكن التخليص أيضا أم لا،و سواء علم قدر كل واحد أم لا،و ما ذكر هنا من هذه المسأله أحد جزئيات القاعده المذكوره،و وجه الدخل فى هذا الكلام فى مواضع.

الأول قوله:ان كان أحدهما معلوما جاز بيعه بجنسه من غير زياده و بغير الجنس و ان زاد،فان فيه أنه ان أراد ببيعه بيع ذلك الجنس خاصه دون المجموع فهذا لا وجه له،لان فرض المسأله هو بيع المركب من الذهب و الفضه لا أحدهما، و حينئذ فما ذكر خارج عن محل المسأله،و ان كان المراد بيع المجموع،اشترط فى بيعه بجنس أحدهما زياده الثمن على جنسه ليكون تلك الزياده فى مقابله الأخر، و ان أراد بيع المجموع بجنسه أى الجنسين معا،فلا معنى لاشتراط عدم الزياده، لأن كل واحد من الجنسين ينصرف الى مخالفه،فلا تضر الزياده هنا و لا النقصان، و لا فرق فى هذين القسمين بين أن يعلم قدر كل واحد منهما أو يجهل،كما تقدم

الإشاره إليه فى القاعده،فلا وجه للتقييد بالعلم بهما.

الثانى-قوله و ان لم يعلم و أمكن تخليصهما لم يبع بالذهب و لا بالفضه، و بيعت بهما أو بغيرهما،فإنه فيه أنه لا مانع من بيعه بوزنه ذهبا أو فضه مطلقا،لحصول المماثله فى الجنسين و المخالفه بالنسبه إلى الجنس الأخر،فلا مدخل للربا فى ذلك، و كذا مع الزياده على قدر المركب،و كذا مع نقصانه إذا علم زياده الثمن على مجانسه بما يتمول،فما ذكر من المنع من بيعه بأحدهما على تقدير إمكان التخليص لا يظهر له وجه،بل يجوز حينئذ بيعه بهما و بأحدهما و بغيرهما و بالأقل سواء أمكن التخليص أم لا.

الثالث-قوله و ان لم يمكن و كان أحدهما أغلب بيعت بالأقل،فإن فيه أنه بمقتضى القاعده المتقدمه يجوز بيعه بهما و بغيرهما،و بالأقل و الأكثر إذا علم زياده الثمن على جنسه كما تقدم،فالتقييد بالأقل عار عن النكته.

و اعتذر الشهيد-(رحمه الله)-لهم عن ذلك بأن ذكر الأقل محافظه على طلب الزياده،و رد بأن الزياده المعتبره فى الثمن عن جنسه يمكن تحققها مع الأقل و الأكثر و مع ذلك فالارشاد إلى الزياده غير كاف فى التخصيص الموجب لتوهم المنع من غيره.

الرابع قوله:«و ان تساويا تغليبا بيعت بأحدهما»فإن فيه أنه مع تساويهما لا ينحصر الجواز فى البيع بأحدهما،بل يجوز بيعه بهما أو بأحدهما مع الزياده و بغيرهما فلا وجه للتخصيص بأحدهما،و لا فرق فى ذلك أيضا بين إمكان التخليص و عدمه،و لا بين العلم بقدر كل منهما و عدمه.نعم يعتبر العلم بالجمله و الله العالم.

المسأله الثامنه [حكم ما لو اشترى ثوبا بمائه درهم الا دينارا أو بمائه دينار الا درهما]

-قال الشيخ فى المبسوط:إذا اشترى ثوبا بمائه درهم الا دينارا أو بمائه دينار الا درهما لم يصح،لان الثمن مجهول،لانه لا يدرى كم حصه الدرهم من الدينار و لا كم حصه الدينار من الدرهم الا بالتقويم،و الرجوع الى أهل الخبره،و كذا قال ابن البراج،و قال فى النهايه:و لا يجوز أن يشترى بدينار الا درهما،و علل بالجهاله.

و قال ابن إدريس:لا يصح أن يشترى الإنسان سلعه بدينار غير درهم،و لا بدراهم، غير دينار،لان ذلك مجهول قال محمد بن إدريس:قولنا لا يصح،نريد به العقد لا يصح، و قولنا لانه مجهول المراد به الثمن مجهول،و إذا كان الثمن مجهولا فالعقد و البيع لا يصح، و وجه كون الثمن فى هذه الصوره مجهولا-لأنه لا يدرى كم حصه الدراهم من الدينار،و لا كم حصه الدينار من الدراهم الا بالتقويم،و الرجوع الى أهل الخبره، و ذلك غير معلوم وقت العقد،فهو مجهول،فان استثنى من جنسه فباع بمائه دينار الا دينارا أو بمائه درهم الا درهما صح البيع،لان الثمن معلوم،و هو ما بقى بعد الاستثناء.انتهى.

و قال ابن الجنيد لو باع ثوبا بمائه درهم غير دينار نقدا جاز،فان باعه نسيئه لم يصح البيع،لانه لا يعلم قدر الدينار من الدرهم وقت الوجوب،و كذا كل ما اختلف جنساه،و جمله من الأصحاب عبروا بما يرجع الى كلام الشيخ فى المبسوط.

أقول:و الأصل فى هذه المسأله الاخبار.و منها ما رواه

فى الكافى عن حماد (۱)عن أبى عبد الله(عليه السلام) قال:

«يكره أن يشترى السلعه بدينار غير درهم،لانه لا يدرى كم الدرهم من الدينار».

و ما رواه

الشيخ عن السكونى (۲)

«عن جعفر عن أبيه عن على(عليهم السلام) فى الرجل يشترى السلعه بدينار غير درهم الى أجل؟قال:فاسد،فلعل الدينار يصير بدرهم».

و عن أبى جعفر عن أبيه عن وهب (۳)

«و عن جعفر عن أبيه(عليهما السلام) أنه كره أن يشترى الرجل بدينار الا درهما و الا درهمين نسيئه،و لكن يجعل ذلك بدينار إلا ثلثا و الا ربعا و إلا سدسا أو شيئا يكون جزءا من الدينار».

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۱۹۷.
۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۱۱۶ الرقم ۱۰۸.
۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۱۱۶ الرقم ۱۰۹.

و عن میسر (۱)

«عن جعفر عن أبيه(عليهما السلام)انه كره ان يشترى الثوب بدينار غير درهم،لانه لا يدرى كم الدينار من الدرهم».

أقول:و ملخص الكلام فى هـذا المقام-و هو الـذى يجتمع عليه الاخبار، و ما نقلناه من كلام علمائنا إلا علام-هو ان يقال ان البيع ان وقع نقـدا فإنه لا بـد فى صـحته من علم المتعاقـدين بنسـبه المسـتثنى من المسـتثنى منه،فان لم يعلما أو أحدهما لم يصح البيع لمكان الجهاله فى الثمن،و ان وقع نسيئه فإن شـرطا فى الدرهم أو الدينار المستثنى ما كان متعاملا به وقت العقد أو أطلقا فيرجع الى التفصـيل المتقـدم من علم النسـبه صـح البيع،و الا بطل لمكان الجهل،و ان شـرطا الـدرهم أو الـدينار المتعامل به وقت حلول الأجل فأولى بالبطلان لانه لا يـدرى ما يصـير إليه الأمر فى ذلك الوقت،و اليه يشـير قوله(عليه السـلام)فى روايه السـكونى،«فلعل الدينار يصـير بدرهم»و على هذا فلا اختلاف بين كلام ابن الجنيد،و كلام الشـيخ فى هذه المسأله، و أنت خبير بأن الأنسب بهذه المسأله هو ذكرهـا فى المقام الثالث من الفصل الأول، لأنها متعلقه بجهل الثمن،و لكن الأصـحاب لما ذكروها فى باب الصـرف جرينا على منوالهم فى ذلك.

المسأله التاسعه [فى أحكام تراب الصياغه]

-تراب الصـياغه ان علم-بالقرائن المفيـده لـذلك-إعراض أصـحابه عنه جاز للصائغ تملكه كغبره مما يعلم أعراض ملاكه عنه،و فى الاكتفاء بالظن اشكال،و الا فإن علم ملاكه وجب رده عليهم،و ان علم بعضهم وجب التخلص منه و لو بالصلح،و الا فالواجب الصـدقه به أو بثمنه عن ملاـكه،كما هو الحكم فى نظائره،لكن متى أراد بيعه فلا يبيعه الا بجنس آخر من العروض أو بالـذهب و الفضه معا،حذرا من الربا لو بيع بأحدهما،لجواز زياده ما فيه من جنس الثمن من ذلك الثمن أو مساواته،فيلزم الربا.

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۱۱۶ الرقم-۱۱۰.

أما لو علم زياده الثمن من ذلک الجنس علی جنسه بحیث تصلح الزیاده لمقابله الجنس الأخر فلا بأس.

و الذی وقفت علیه من الاخبار فی هذه المسأله ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن علی بن میمون الصائغ (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عما یکنس من التراب فأبیعه فما أصنع به؟قال:تصدق به فاما لک و اما لأهله،قال:قلت فان فیه ذهبا و فضه و حدیدا فبأی شیء أبیعه؟قال:بعه بطعام،قلت:فان کان لی قرابه محتاج أعطیه منه؟قال:نعم».

و ما رواه

الشیخ عن علی الصائغ (۲)قال:

«سألته عن تراب الصواغین و انا نبیعه قال:اما تستطیع ان تستحله صاحبه؟قال:قلت:لا إذا أخبرته اتهمنی،قال بعه،قلت:بأی شیء أبیعه،قال:بطعام،قلت:فأی شیء اصنع به؟قال:تصدق به اما لک و اما لأهله،قلت:ان کان ذا قرابه محتاجا فأصله؟قال:نعم». قال فی الوافی لعل وجه التردید فی«لک و لأهله»احتمال أعراض المالک عنه و عدمه.

أقول:الظاهر بعده،لأن الصدقه به انما هی حکم مجهول المالک،و مع معلومیه الاعراضی عنه و قصد تملکه لا یکلف بالصدقه،بل هو ماله یتصرف فیه کیف یشاء،و لا یتعین علیه التصدق،بل الظاهر أن المراد انما هو التصدق به عن صاحبه مع الضمان لمالکه متی ظهر و لم یرض بالصدقه،کما فی نظائره،فإن ظهر له صاحب و رضی بالصدقه أو لم یظهر بالکلیه،فالصدقه لصاحب المال،و ان ظهر و لم یرض بالصدقه کانت الصدقه لک و علیک ضمانه،هذا هو الظاهر کما لا یخفی علی الخبیر الماهر. (۳)

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۵۰ التهذیب ج ۷ ص ۱۱۱.

۲- ۲) الوسائل الباب-۱۶-من أبواب الصرف الرقم-۲.

۳- ۳) أقول:ما استظهرنا من الوجه المذکور ظاهر من الخبر الأول و أما الثانی فإن ظاهره وجود المالک و معرفته،و کان خوف التهمه الحقه بمجهول المالک،فأمر(علیه السلام)فیه بالصدقه اما له ان اتفق علم المالک و عدم الرضاء بها أو بالنظر الی یوم القیمه،و اما للمالک ان رضی بعد العلم علی أحد الوجهین المتقدمین.منه رحمه الله.

و ظاهر الروایه الثانیه جواز بیعه و الصدقه بثمنه و ان علم المالک إذا خاف التهمه.

و المفهوم من کلام الأصحاب أنه مع معلومیه المالک لا یجوز الصدقه،بل یجب التخلص منه بأی وجه اتفق،قال فی المسالک:و لو کان بعضهم معلوما فلا بد من محالته و لو بالصلح،لأن الصدقه بمال الغیر مشروطه بالیأس من معرفته،و علی هذا فیجب التخلص من کل غریم یعلمه.انتهی.

و فیه أن ما ذکره و ان کان هو مقتضی القواعد الشرعیه و النصوص المرعیه، الا أنه مع دلاله النص علی ما ذکرناه یجب تقیید ذلک بالخبر المذکور کما هو مقتضی القاعده المشهوره،و ما دل علیه الخبران من البیع بالطعام الظاهر أنه خرج مخرج التمثیل-بالأسهل،و الا فإنه یصح البیع بالنقدین أو غیرهما من العروض،قیل:

و یلحق به باقی أرباب الحرف کالحداد و الخیاط و الطحان و الخباز،و فیه اشکال قال فی المسالک:و لو ظهر بعض المستحقین و لم یرض بالصدقه ضمن حصته مع احتمال العدم. (۱)

أقول:لا وجه لهذا الاحتمال لان هذه المسأله من جزئیات القاعده فی مال مجهول المالک،و حکمه الضمان بعد ظهور المالک و عدم الرضا بالصدقه،و الیه

۱- ۱) ظاهر کلام المسالک اختیار الضمان مع احتمال العدم،و قال الفاضل الخراسانی فی الکفایه و لو ظهر بعض الأرباب بعد الصدقه و لم یرض بها فهل یضمن؟فیه احتمالان،و ظاهره تساوی احتمالین،و فیه ما عرفت فی الأصل و الله العالم.منه رحمه الله.

یشیر هنا ما ذکره(علیه السلام)فی الخبرین من قوله«إما لک أو لأهله»کما قدمنا بیانه و قال فی المسالک أیضا:و مصرفه مصرف الصدقه الواجبه،و قیل:المندوبه.

أقول:احتمال المندوبه بمعنی غیر الفقیر المستحق بعید جدا،فإن إطلاق الصدقه فی الکفارات و النذور و نحوها انما یتبادر الی المستحق من الفقراء و المساکین دون الأغنیاء،کما صرحوا به،و لو کان الصائغ من ذوی الاستحقاق فهل یجوز له آخذه لنفسه اشکال،من أمره(علیه السلام)له بالصدقه،و المتبادر منه غیره من أفراد المستحقین،و لا بأس بالصدقه علی عیاله أو قرابته کما صرح به فی النص.

و الله العالم.

المسأله العاشره [فی أن الدراهم و الدنانیر یتعین بالتعیین]

اشاره

-لا خلاف فی ان الدراهم و الدنانیر یتعین بالتعیین،فلو اشتری بدراهم معینه تعین الوفاء بها بجمیع مشخصاتها،لعموم الوفاء بالعقود کما لو باع عرضا معینا،فإنه یجب الوفاء به،و المقتضی لوجوب الوفاء ثابت فی الجمیع فلا یجزی دفع غیرها،و لا یجوز إبدالها،و لو تلفت قبل القبض انفسخ البیع، و لم یکن له دفع العوض و ان حصلت المساواه فی الأوصاف،و لا للبائع المطالبه بذلک،و ان وجد البائع بها عیبا لم یستبدلها،و انما له الخیار بین فسخ العقد و الرضا بها.

إذا عرفت ذلک فنقول:هیهنا صورا،

الأولی إذا اشتری دراهم بمثلها معینه

-کما لو قال:بعتک هذه الفضه بهذه مثلا فوجد ما صار الیه من البیع من غیر جنس الدراهم کما لو ظهرت نحاسا أو رصاصا-کان البیع باطلا،لان ما وقع علیه العقد -و هو ذلک الفرد المشار الیه-غیر مقصود بالشراء،و ما هو مقصود بالشراء لم یقع علیه العقد،فیقع البیع باطلا،لتخلف القصد عما وقع علیه العقد،و لا فرق فی ذلک بین الصرف و غیره،فلو باعه ثوبا کتانا فظهر صوفا،و کذا لو باعه بغله فظهرت فرسا بطل البیع،و یجب رد الثمن و لیس له الأبدال،لوقوع العقد علی عین مشخصه،فلا یتناول غیرها و لا الأرش،لعدم وقوع الصحیح و المعیب علی هذه العین، و ربما یخیل تغلیب الإشاره هنا و هو باطل،و قد تقدم الکلام فی ذلک.

الثانیه-لو کان البعض من الجنس و البعض الأخر من غیره

،فالظاهر أنه لا خلاف بینهم فی صحه العقد فیما کان من الجنس،و البطلان فی غیره،لوجود شروط الصحه فی الأول،و انتفائها فی الثانی،و عدم توقف صحه البعض علی البعض الأخر و قد تقدم نظیر ذلک فیما لو باع ما یملک و ما لا یملک،فإنه لا خلاف بینهم فی الصحه فیما یملک،و البطلان أو الحکم بکون البیع فضولیا فیما لا یملک،الا ان للمشتری الخیار-لتبعیض الصفقه-بین الفسخ،و أخذ ما کان من الجنس بقسط من الثمن و حیث یختار المشتری الثانی و هو أخذ الجید بحصته من الثمن،یتخیر البائع أیضا مع جهله بالعیب لتبعیض الصفقه أیضا،و أکثر عباراتهم و ان کانت انما اشتملت علی تخییر المشتری خاصه،الا انها محموله علی ما هو الغالب من أن الجهل بالعیب انما یکون من المشتری دون البائع لثبوت العیب فی ملکه،و اطلاعه علیه غالبا فلو فرض خلاف ذلک ثبت له الخیار أیضا،کما أن المشتری لو اطلع علیه و رضی به لا خیار له.

الثالثه-لو کان الجنس واحدا و به عیب

کخشونه الجوهر و اضطراب السکه بأن یکون سکته مخالفه للسکه الجاریه فی المعامله،فلا یخلو اما أن یکون العیب المذکور شاملا للجمیع أو مختصا بالبعض،فان کان الأول تخیر المشتری بین رد الجمیع و إمساکه کما فی سائر المعیبات،و لیس له رد البعض،للزوم تبعیض الصفقه علی البائع،و لا طلب البدل،لان العقد انما وقع علی ذلک العین،و ان کان الثانی تخیر أیضا بین رد الجمیع و إمساکه،و الظاهر أنه لا خلاف فیه،و انما الخلاف فی أنه هل له رد المعیب وحده أم لا؟فقیل:بالأول،و هو الذی رجحه العلامه فی التذکره،و علل بانتقال الصحیح بالبیع،و ثبوت الخیار فی الباقی لعارض العیب لا یوجب فسخ البیع فیه،و قیل:بالثانی لأن رد المعیب وحده یفضی الی تبعیض الصفقه علی الأخر،فیمنع منها کما لو کان کله معیبا،فان کل جزء منه موجب للخیار،و به قطع المحقق و جماعه.

و أنت خبير بما فيه من المخالفه لما تقدم فى الصوره الثانيه مما ظاهرهم الاتفاق عليه من الصحه فى البعض،و البطلان فى البعض.

ثم انه ينبغى أن يعلم أنه لا أرش فى جميع هذه الصور المذكوره فى هذه الصوره الثالثه،لأنها مفروضه فى بيع الفضه بالفضه،أو الذهب بالذهب،و العوضان متجانسان متساويان فى القدر،فلو أخذ أرش العيب لزم زياده قدر المعيب عن الصحيح،و لا يجبر عيبه الجنسى،لما تقرر من أن جيد الجوهر و رديه جنس واحد.

نعم لو كان مختلفين كالدراهم بالدنانير أو بالعكس جاز له اختيار الإمساك بالأرش ما داما فى المجلس،فلو تفرقا لم يجز لاشتراط التقابض فى الصرف قبل التفرق،الا أن تفرض المسأله فى غير الأثمان مما لا يجرى فيه حكم الصرف فلا بأس.

و الله العالم.

المسأله الحاديه عشر-إذا اشترى دراهم بدراهم فى الذمه

ثم وجد ما انتقل اليه غير ما هو المقصود بالشراء،اما بأن يكون غير الجنس أو يكون به عيب لا يخرج به عن الجنسيه،و على الأول فاما أن يكون الجميع أو البعض.

فهيهنا صور ثلاث.الاولى-أن يكون غير الجنس و يكون الجميع،و الحكم فيه-كما ذكره الأصحاب(رضوان الله عليهم)-أن له المطالبه بالبدل هنا،بخلاف ما تقدم فى سابق هذه المسأله،لأن العوض هنا فى الذمه،و هو أمر كلى،و المدفوع لما لم يكن من جنس ذلك الكلى امتنع كونه عوضا،و إذا امتنع كونه عوضا كان له المطالبه لحقه ما لم يحصل التفرق.

الثانيه-الصوره المذكوره مع كونه البعض،و حكمها أنه يبطل فى البعض الذى هو غير الجنس،و يصح فى الأخر ان كان ظهور ذلك بعد التفرق،و ان كان قبل التفرق فله المطالبه بالبدل،لما تقدم ذكره فى سابق هذه الصوره.

الثالثه-ان يكون عيبا لا يخرج به عن الجنسيه،كخشونه الجوهر و اضطراب السكه،و الحكم فيه التخيير بين الرد و الإمساك بالثمن من غير أرش،أما التخيير فمن

حیث العیب کما فی غیره من المبیعات المعیبه،و أما عدم الأرش فلما تقدم فی سابق هذه المسأله من استلزامه الربا،و لو اختار الإمساک فله المطالبه بالبدل قبل التفرق بلا اشکال و خلاف،لان ما فی الذمه أمر کلی محمول علی الصحیح السالم من العیب،فمتی کان المدفوع معیبا وجب إبداله قبل التفرق،لان المقبوض فی حکم العدم،انما الخلاف و الاشکال فی وجوب الأبدال و عدمه بعد التفرق،و ذلک أنه بالنظر الی أن الإبدال یقتضی عدم الرضا بالمقبوض قبل التفرق،و ان المبیع حقیقه انما هو البدل،و قد حصل التفرق قبل قبضه،فیکون الصرف باطلا،فلا یجوز له أخذ البدل،(۱).

و الی هذا یمیل کلام الشهید فی الدروس حیث قال:و ان لم یتعین فله الأبدال ما داما فی المجلس و ان تفرقا لم یجز الأبدال علی الأقرب،و له الرد.انتهی و بالنظر الی تحقق التقابض فی العوضین قبل التفرق،-لان المقبوض و ان کان معیبا الا ان عیبه لا یخرجه عن حقیقه الجنسیه و صحه العوضیه.لأجل ذلک انه قد ملکه المشتری،بدلیل أن نماءه من حین العقد الی وقت الرد له،و الفسخ بالرد طار علی الملک بسبب ظهور العیب،فیکون البیع صحیحا و له طلب البدل بعد التفرق.

و توضیحه-زیاده علی ما ذکره المحقق الشیخ علی(قدس سره)فی شرح القواعد-أن ما فی الذمه و ان کان أمرا کلیا،الا أنه إذا عین فی شیء و قبضه المستحق تعین و ثبت ملکه له،فإذا ظهر فیه عیب کان له فسخ ملکیته،تدارکا لفائت حقه، فإذا فسخ رجع الحق إلی الذمه،فتعین حینئذ عوضا صحیحا.

و بهذا یظهر أن الأول کان عوضا فی المعاوضه و قد قبضه قبل التفرق،فیتحقق شرط الصحه،فلا یلزم بطلانها بالفسخ الطاری علی العوض المقتضی لعوده إلی الذمه،و کون البدل عوضا فی الجمله لا یقتضی نفی عوضیه غیره،فلا یقتضی التفرق

قبل قبضه التفرق قبل قبض العوض فی المعاوضه.و هو واضح.و کان الأصح ثبوت المطالبه بالبدل.انتهی.

و هو ظاهر فی اختیاره صحه البیع،و مثله أیضا شیخنا الشهید الثانی فی المسالک و العلامه فی الإرشاد،و تردد المحقق فی الشرائع فی ذلک،و نحوه العلامه فی القواعد،و المسأله لخلوها من النص الواضح مع تدافع هذه التعلیلات محل الاشکال، سیما-مع ما عرفت فی غیر موضع-من عدم صحه تأسیس الأحکام الشرعیه علی مثل هذه التعلیلات العقلیه،الغیر المبنیه علی شیء من القواعد المستفاده من الاخبار المعصومیه،علی أن ما ادعاه(قدس سره)من قوله،«و بهذا یظهر ان الأول کان عوضا» الی آخره،مدخول بأنه بعد الرد و عدم الرضا بذلک العیب انکشف عدم صحه المعاوضه،و عدم کونه متعینا لما وقع علیه العقد،و الا لم یکن له الرد و طلب البدل، فکیف یتحقق بقبضه أولا شرط صحه الصرف،و هو قبض العوض قبل التفرق.

و بالجمله فالتعلیلات العقلیه لا تقف علی حد،و لا ینتهی إلی عد،و لهذا استشکل بناء الأحکام الشرعیه علیها،هذا کله فیما ظهر الجمیع معیبا من الجنس.

أما لو ظهر بعضه خاصه اختص بالحکم حسبما تقدم لکن لیس له افراده بالرد هنا،للزوم تبعیض الصفقه علی البائع إلا مع رضاه و الله العالم.

المسأله الثانیه عشر-إذا اشتری دینارا بدینار فاتفق الزیاده فی الدینار

الذی هو ثمن غلطا أو عمدا،فإن الزیاده تکون فی ید البائع أمانه للمشتری،و هی مشاعه فی الدینار،هذا إذا کان البیع و الشراء فی الذمه،و تبین بعد الدفع زیاده الدینار الذی هو ثمن.

أما لو کانا معینین فإنه یبطل الصرف،لاشتمال أحد العوضین علی زیاده عینیه،و کذا لو کان الزائد معینا،و المطلق مخصوصا بقدر ینقص عنه بحسب نوعه،و الحکم بکون الزائد أمانه فی ید المشتری کما تقدم أحد القولین فی المسأله قالوا لأصاله البراءه من الضمان،و لانه لم یقبضها بسبب مضمون مرسوم و لا غصب

و لا بيع فاسد،و انما قبضها باذن مالكها،فيكون كالودعى.

و قيل:انها تكون مضمونه عليه،لانه قبضها على أنها أحد العوضين الذين جرى عليها عقد المعاوضه،فتكون مضمونه،نظرا:الى مقتضى العقد و لأنه أقرب الى الضمان من المقبوض بالسوم،و لعموم (۱)

«على اليد ما أخذت حتى تؤدى».

و أورد عليه بأن قبضه على جهه العوض غير قادح مع ظهور عدمه،و مقتضى العقد لم يدل على ضمان غير العوضين،و كونها أقرب من المضمون بالسوم انما يجرى لو سلم كون المقبوص بالسوم مضمونا،و هو محل النزاع،و عموم الخبر بحيث يشمل محل النزاع فى حيز المنع،فان الثابت على الأخذ بمقتضى الخبر غير معين،فجاز كون الواجب على اليد الحفظ و نحوه الى أن يؤدى،و يرشد إليه الأمانات المقبوضه باليد،مع عدم الحكم بضمانها و انما القدر المتفق عليه وجوب حفظها.

أقول:و المسأله حيث كانت عاريه عن الدليل اتسع فيها دائره القال و القيل، و هكذا كل مسأله من هذا القبيل،ثم انه مع الحكم بكون الزياده أمانه فحكمها مختلف بالنسبه إلى العمد و الخطاء،فإنها على تقدير العمد أمانه مالكيه لا يجب ردها الا مع طلب المالك و ان وجب حفظها،كما فى سائر الأمانات التى يؤمنها مالكها،و على تقدير الغلط،فيحتمل كونهما أمانه شرعيه و ان كانت مدفوعه من المالك،الا أنه لعدم علمه بها و كون ذلك غلطا،يكون حكمها كما لو باعه صندوقا فوجد فيه متاعا،فإنه يكون أمانه شرعيه مع استناد الدفع الى المالك نظرا الى جهله بها،و يحتمل كونهما مالكيه نظرا الى استناد دفعها اليه،و صدق تعريفها المشهور على ما نحن فيه،لأنهم جعلوا مناطها الاستناد الى دفع المالك أو من فى حكمه.

و تظهر الفائده فى وجوب اعلام المالك بها و ردها عليه على تقدير كونها شرعيه،

۱- ۱) المستدرک ج ۲ ص ۵۰۴.

فان ذلک حکم الأمانه الشرعیه کما یأتی فی محله إنشاء الله تعالی،و حینئذ فلو ترک أثم و ضمن.

و ظاهر المحقق الأردبیلی المناقشه هنا،فإنه قال بعد نقل ذلک عنهم:و فیه تأمل،لأنه قد یتلف فی الطریق مع أنه غیر مأذون فیه،و ان أمکن أن یقال الظاهر أنه محسن غیر مفرط،إذ الفرض ذلک مع الا من من التلف فی الطریق،و ان الغالب رضا صاحبه بذلک،و لا یبعد وجوب الاعلام أو الرد فی صوره الجهل،اما کونه فوریا فغیر ظاهر نعم ینبغی ذلک بحیث لا یفوت غرض یتعلق بذلک المال،و لا یعد القابض مهملا و مقصرا.انتهی.

و هو جید و ما نفی عنه البعد جید حیث انه لا نص فیها علی ما ذکروه،و فیما ذکره جمع بین الحقین،و مما یرجح القول بأنها شرعیه ان حکم الأمانه المالکیه عندهم انه یجب حفظها حتی یطلبها مالکها،و فیما نحن فیه المالک لا علم له بها لانه دفعها جاهلا بها،فکیف تیسر طلبه لها و هو لا یعلمها بالکلیه،و انها یجب علی المالک حفظها الی آخر الدهر،ثم انه علی تقدیر الغلط فاما ان یتبین الحال قبل التفرق، أو بعده،فان کان قبله فلکل منهما استرداد الزائد و إبداله،و لیس للآخر الامتناع تحذرا من الشرکه،و ان کان بعد التفرق فان جوزنا الأبدال للعیب الجنسی کما تقدم فی القول به فکذلک،و الا ثبت الخیار لکل منهما لعیب الشرکه،و لو کانت الزیاده یسیره یتسامح بها فلا بأس،و لهذا یستحب الإعطاء زائدا و الأخذ ناقصا،و قد یکون ذلک لاختلاف الموازین و المکائیل.

و مما یدل علی ذلک الأخبار الوارده فی فضول المکائیل و الموازین و منها ما رواه

فی الکافی عن علی بن عطیه (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۸۲ التهذیب ج ۷ ص ۴۰.

فقلت انا نشتری الطعام من السفن ثم نکیله فیزید؟قال:فقال لی و ربما نقص علیکم قلت:نعم،قال:فإذا نقص یردون علیکم؟قلت:لا قال:لا بأس».

و ظاهر هذا الخبر یدل علی جواز أخذ الزیاده و ان کانت زائده علی ما یتسامح به إذا کانوا فی حال ظهور النقصان لا یردون علیکم النقیصه،و لعله محمول علی اختلاف المکائیل،و ان مکیال البائع کان زائدا علی مکیال المشتری تاره و ناقصا عنه أخری.

و ما رواه

فی الفقیه فی الصحیح عن عبد الرحمن بن الحجاج (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن فضول الکیل و الموازین؟فقال:إذا لم یکن تعدیا فلا بأس».

و ما رواه

المشایخ الثلاثه(نور الله مراقدهم)عن إسحاق المدائنی (۲)عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«قلت:ان صاحب الطعام یدعو کیالا فیکیل لنا و لنا أجراء فیعیرونه فیزید و ینقص؟فقال:لا بأس ما لم یکن شیء کثیر غلط».

و ما رواه

فی الکافی فی الصحیح عن العلاء بن رزین (۳)عن ابی عبد الله (علیه السلام) قال:

«قلت له:انی أمر بالرجل فیعرض علی الطعام،و یقول لی:

قد أصبت طعاما من حاجتک فأقول له:أخرجه أربحک فی الکر کذا و کذا،فإذا أخرجه نظرت إلیه فإن کان من حاجتی أخذته،و ان لم یکن من حاجتی ترکته، قال:هذه المراوضه لا بأس بها،قلت:فأقول له:أعزل منه خمسین کرا أو أقل أو أکثر،فیکیله فیزید و ینقص و أکثر ذلک ما یزید لمن هی؟قال:هی لک،ثم قال(علیه السلام):انی بعثت معتبا أو سلاما فابتاع لنا طعاما فزاد علینا بدینارین، فقتنا به عیالنا بمکیال قد عرفناه،فقلت له:قد عرفت صاحبه؟قال:نعم فرددناه

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۸۲ التهذیب ج ۷ ص ۴۰ الفقیه ج ۳ ص ۱۳۱.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۸۰ التهذیب ج ۷ ص ۳۸ و فیه اختلاف یسیر. الفقیه ج ۳ ص ۱۳۰.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۱۸۲.

علیه،فقلت:رحمک الله تفتینی بأن الزیاده لی و أنت تردها،قال:فقال:قد علمت أن ذلک کان له و کان غلطا،قال:نعم،انما ذلک غلط الناس لأن الذی ابتعنا به انما کان ذلک بثمانیه دراهم أو تسعه،ثم قال:و لکنی أعد علیه الکیل».

و ظاهر الخبران الذی شراه(علیه السلام)من الطعام کان ما یساوی قیمته ثمانیه دراهم أو تسعه-و التردید الظاهر أنه من الراوی-و زاد فیه ما یساوی دینارین فرد(علیه السلام)تلک الزیاده،لأن زیاده هذا المقدار لا یکون الا عن غلط،بخلاف ما افتی به الراوی،فإنه یمکن استناده الی التفاوت فی المکائیل و انه مما یتعارف بین الناس.

و أما قوله فی الوافی و قوله:«بدینارین»متعلق بقوله«فابتاع»فالظاهر أنه سهو من صاحب الکتاب،بل انما هو متعلق بقوله فزاد،و کیف لا و هو(علیه السلام)قد صرح فی آخر الخبر بأن الذی ابتاع انما کان بثمانیه دراهم أو تسعه، و هو ظاهر فی کون ما قابل الدینارین کان هو الزائد،و لذا أمر برده،و قوله فی الخبر«فقلت له:عرفت صاحبه»یحتمل أن یکون من قول الامام(علیه السلام) لمعتب أو سلام،و یحتمل أن یکون من قول الراوی للإمام(علیه السلام)و تکون جمله معترضه بین قوله«عرفناه»و قوله«فرددناه»و ربما أشعر هذا الخبر بکون الزیاده الکثیره الواقعه غلطا أمانه شرعیه،لأن حکم الأمانه المالکیه عندهم هو حفظها حتی یطلبها المالک،و الأمانه الشرعیه وجوب ردها،أو إعلام المالک بها و هو(علیه السلام)فی هذا الخبر قد أمر بردها علی المالک،و بالجمله فالخبر ظاهر فی تأیید القول المذکور زیاده علی ما قدمناه و الله العالم.

ص:٣٢٣

الفصل الثامن فی بیع الثمار

اشاره

من النخل و الفواکه و الخضر و ما یلحق ذلک من الأحکام،و البحث فی هذا الفصل فی مطالب أربعه.

[المطلب] الأول-فی ثمره النخل

اشاره

،و تحقیق الکلام فیها أنه لا خلاف بین الأصحاب، (رضوان الله علیهم)-فی جواز بیعها بعد ظهور صلاحها،و انما الخلاف فیما قبله، و تفصیل القول فیه أنه اما ان یکون قبل ظهورها،أو بعده قبل بدو الصلاح،و علی الأول فاما أن یکون عاما واحدا أو أزید،ثم انه علی تقدیر بیعها عاما واحدا هل یجوز مع الضمیمه أم لا؟فهیهنا مقامات أربعه.

[المقام] الأول-فی بیعها عاما واحدا قبل ظهورها مع عدم ضمیمه

،و المشهور بین الأصحاب-بل ادعی علیه العلامه فی التذکره الإجماع،و مثله الشهیدان فی الدروس و المسالک أنه لا یجوز بیعها قبل ظهورها عاما واحدا من غیر ضمیمه،و المراد بالظهور هو بروزها الی الخارج و ان کانت فی طلعها،کما تضمنته موثقه سماعه،و روایه یعقوب بن شعیب الاتیتان إنشاء الله تعالی.

و المفهوم من کلام الشیخ فی کتابه الأخبار القول هنا بالکراهه،قال(قدس سره)بعد نقل أخبار المسأله:قال محمد بن الحسن:الأصل فی هذا أن الأحوط أن لا یشتری الثمره سنه واحده إلا بعد أن یبدو صلاحها،فان اشتریت فلا تشتری الا بعد أن یکون معها شیء آخر،فان خاست کان رأس المال فیما بقی،و متی اشتری من غیر ذلک لم یکن البیع باطلا،لکن یکون قد فعل مکروها،و قد صرح بذلک -فی الاخبار التی قدمناها-أبو عبد الله(علیه السلام).

ص :۳۲۴

منها حدیث

الحلبی (۱)

«ان النبی(صلی الله علیه و آله)نهی عن ذلک لأجل قطع الخصومه الواقعه بین الأصحاب و لم یحرمه». و کذلک ذکر

ثعلبه عن برید (۲)و زاد فیه

«انما نهاه ذلک العام دون سائر الأعوام»،.

و فی حدیث یعقوب بن شعیب (۳)

«ان أبا عبد الله(علیه السلام)کان یکره ذلک،. و لم یقل أنه«کان یحرمه»و علی هذا الوجه لا تنافی بین الاخبار انتهی.

و الواجب أولا ذکر الأخبار الوارده فی المسأله،ثم بیان ما هو الظاهر منها فمنها ما رواه

المشایخ الثلاثه(نور الله مراقدهم)عن سماعه (۴)فی الموثق قال:

«سألته (علیه السلام)عن بیع الثمره هل یصلح شراؤها قبل أن یخرج طلعها،قال:لا الا أن یشتری معها شیئا غیرها رطبه أو بقلا فیقول:أشتری منک هذه الرطبه و هذا النخل و هذا الشجر بکذا و کذا،فان لم تخرج الثمره کان رأس مال المشتری فی الرطبه و البقل»الحدیث.

و ما رواه

فی الفقیه و التهذیب عن أبی الربیع الشامی (۵)قال:

«قال أبو عبد الله(علیه السلام):کان أبو جعفر(علیه السلام)یقول إذا بیع الحائط فیه النخل و الشجر سنه واحده فلا یباعن حتی تبلغ ثمرته،و إذا بیع سنتین أو ثلاثا فلا بأس ببیعه بعد ان یکون فیه شیء من الخضره».

و ما رواه

الشیخ فی التهذیب عن یعقوب بن شعیب (۶)فی الصحیح قال:

« سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن شراء النخل،فقال:کان أبی یکره شراء النخل قبل ان تطلع ثمره السنه،و لکن السنتین و الثلاث کان یقول:ان لم یحمل فی هذه السنه حمل فی السنه الأخری،قال یعقوب:و سألته«قال:سألت أبا عبد الله(علیه السلام)

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۷۵ التهذیب ج ۷ ص ۸۵.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۷۴ التهذیب ج ۷ ص ۸۶.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۸۷.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۱۷۶ التهذیب ج ۷ ص ۸۴ الفقیه ج ۳ ص ۱۳۳.

۵- ۵) الفقیه ج ۳ ص ۱۵۷.

۶- ۶) التهذیب ج ۷ ص ۸۷.

عن الرجل يبتاع النخل و الفاكهه قبل ان تطلع فيشترى سنتين أو ثلاث سنين أو أربعا فقال:

لا بأس،إنما يكره شراء سنه واحده قبل ان تطلع مخافه الافه حتى تستبين».

و عن سليمان بن خالد (۱)فی الصحیح قال:

«قال أبو عبد الله(علیه السلام):

لا تشترى النخل حولا واحدا حتى يطعم و ان كان يطعم،و ان شئت ان تبتاعه سنتين فافعل». هكذا نقل الخبر فى الوافى عن التهذيب،ثم قال:الظاهر سقوط لفظ«لم»من قوله«يطعم»:انتهى،و قال بعض مشايخنا(عطر الله مراقدهم):ان الواو فى قوله «و ان كان يطعم»ليست فى بعض النسخ الصحيحه).

أقول:و يؤيده ان الذى فى الاستبصار (۲)«و ان شئت ان تبتاعه»و بالجمله فمن عرف طريقه الشيخ فى الكتاب المذكور لا يستنكر من وقوع التحريف منه فى الخبر المذكور،و معنى الخبر على تقدير زياده الواو و النهى عن اشتراء النخل حولا واحدا حتى يطعم و ان كان من شأنه بأن بلغ ذلك المبلغ،و ان شئت أن تبتاعه أزيد فلا بأس.

و ما رواه

الشيخ عن ابى بصير (۳)عن ابى عبد الله(علیه السلام)

«انه قال:

لا تشتر النخل حولا واحدا حتى يطعم،و ان شئت ان تبتاعه سنتين فافعل».

و عن ابى بصير (۴)عن ابى عبد الله(علیه السلام) قال:

«سئل عن النخل و التمر يبتاعهما الرجل عاما واحدا قبل ان تثمر قال:لا حتى تثمر و تأمن ثمرتها من الافه،فإذا أثمرت فابتعها أربعه أعوام ان شئت مع ذلك العام أو أكثر من ذلك أو أقل».

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۸۸.

۲- ۲) الاستبصار ج ۳ ص ۸۵.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۸۸.

۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۹۱.

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب فی الصحیح عن برید بن معاویه (۱)قال:

« سألت أبا جعفر(علیه السلام)عن الرطبه تباع قطعه أو قطعتین أو ثلاث قطعات؟فقال:

لا ـ بأس،قال:و أکثرت السؤال عن أشباه هـذا فجعل یقول:لا بأس به فقلت:أصلحک الله-استحیاء من کثره ما سألته و قوله(علیه السلام)لا بأس به-ان من بیننا یفسدون علینا هـذا کله،فقال:أظنهم سمعوا حدیث رسول الله(صلی الله علیه و آله)فی النخل، ثم حال بینی و بینه رجل فسکت،فأمرت محمد بن مسلم ان یسأل أبا جعفر(علیه السلام) عن قول رسول الله(صلی الله علیه و آله)فی النخل فقال أبو جعفر(علیه السلام)خرج رسول الله(صلی الله علیه و آله)فسمع ضوضاء فقال:ما هـذا؟فقیل له:تبایع الناس بالنخل فقعد النخل العام فقال(صلی الله علیه و آله):أما إذا فعلوا فلا یشتروا النخل العام حتی یطلع فیها شیء،و لم یحرمه».

و رواه الشیخ فی التهذیبین عن ثعلبه بن زید (۲)بدل عن برید و الظاهر أنه من قبیل ما قدمنا ذکره من حال الشیخ(رحمه الله علیه)و ما وقع له من التحریف و التغییر فی متون الاخبار و أسانیدها.

و ما رواه

ثقه الإسلام فی الکافی.فی الصحیح أو الحسن عن الحلبی (۳)عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«سئل عن شراء الکرم و النخل و الثمار ثلاث سنین أو أربع سنین فقال:لا بأس به یقول:ان لم یخرج فی هـذه السنه أخرج فی قابل، و ان اشتریته سنه واحده فلا تشتره حتی یبلغ،فان اشتریته ثلاث سنین قبل أن یبلغ فلا بأس،و سئل(علیه السلام)عن الرجل یشتری الثمره المسماه من ارض فهلک

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۷۴ التهذیب ج ۷ ص ۸۶.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۸۶ و فیه عن ثعلبه بن زید عن برید.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۱۷۵ التهذیب ج ۷ ص ۸۵ الفقیه ج ۳ ص ۱۳۲.

ثمره تلک الأرض کلها،فقال:قد اختصموا فی ذلک الی رسول الله(صلی الله علیه و آله) فکانوا یذکرون ذلک فلما رآهم لا یدعون الخصومه،نهاهم عن ذلک البیع حتی تبلغ الثمره و لم یحرمه،و لکن فعل ذلک من أجل خصومتهم». و رواه الصدوق مثله،الا أنه ترک قوله و ان اشتریته ثلاث سنین قبل أن تبلغ فلا بأس.

و ما رواه أیضا

فی الکتاب المذکور فی الصحیح عن ربعی (۱)قال:

«قلت لأبی عبد الله(علیه السلام)ان لی نخلا بالبصره فأبیعه و أسمی الثمن و أستثنی الکر من التمر أو أکثر أو العذق من النخل؟قال:لا بأس،قلت:جعلت فداک نبیع السنتین؟قال:لا بأس،قلت:جعلت فداک ان ذا عندنا عظیم،قال:أما انک ان قلت ذاک لقد کان رسول الله(صلی الله علیه و آله)أحل ذلک فتظالموا فقال (صلی الله علیه و آله)لا تباع الثمره حتی یبدو صلاحها». و ما رواه

الصدوق فی حدیث المناهی المذکور فی آخر کتاب الفقیه (۲)عن جعفر بن محمد(علیهما السلام) قال:

«و نهی أن تباع الثمار حتی تزهو».

و ما رواه

عبد الله ابن جعفر الحمیری فی کتاب قرب الاسناد عن عبد الله بن الحسن عن جده علی بن جعفر (۳)عن أخیه موسی بن جعفر(علیه السلام) قال:

«سألته عن بیع النخل أ یحل إذا کان زهوا؟قال:إذا استبان البسر من الشیص حل بیعه و شراؤه».

و عنه أیضا (۴)قال:

سألته عن السلم فی النخل قبل ان یطلع؟قال:لا یصلح السلم فی النخل».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۷۵ التهذیب ج ۷ ص ۸۵.

۲- ۲) الفقیه ج ۴ ص ۴.

۳- ۳) الوسائل الباب-۱ من أبواب بیع الثمار الرقم-۱۷.

۴- ۴) الوسائل الباب-۱ من أبواب بیع الثمار الرقم-۱۸.

و رواه علی بن جعفر فی کتابه (۱)و کذا الذی قبله،

و زاد فیه

«سألته عن شراء النخل سنتین أ یحل؟قال:لا بأس،یقول:ان لم یخرج العام شیئا أخرج القابل إنشاء الله(تعالی).

قال:

و سألته عن شراء النخل سنه واحده أ یصلح؟قال لا یشتری حتی یبلغ».

أقول:هذا ما حضرنی من الاخبار المتعلقه بالمسأله،و قد عرفت کلام الأصحاب(رضوان الله علیهم)فی ذلک،و الذی یلوح لی-من صحیحه برید بن معاویه و قوله فیها«ان من بیننا یفسدون علینا ذلک،فقال:أظنهم سمعوا حدیث رسول الله(صلی الله علیه و آله)»الی آخر الخبر و قوله فی صحیحه ربعی«ان هذا عندنا عظیم،فقال:أما انک ان قلت»الی آخره-أن مذهب العامه یومئذ تحریم بیع الثمره قبل ظهورها عاما أو عامین،کما هو مذهب أصحابنا(رضوان الله علیهم) إجماعا کما یدعونه فی العام الواحد،و بناء علی المشهور فی الأزید،کما یأتی ذکره إنشاء الله(تعالی)و علی هذا فلا یبعد حمل اخبار التحریم مما یکون صریحا فیه علی التقیه.

و کیف کان فإن صحیحه برید،و صحیحه الحلبی و حسنته-انما هو بإبراهیم ابن هاشم المتفق علی قبول حدیثه و ان عدوه حسنا- و صحیحه ربعی صریحه فی الحل و عدم الحرمه،فیتعین العمل بها لصحتها و صراحتها،فلا بد من ارتکاب التأویل فیما کان ظاهرا فی منافاتها،اما بالحمل علی الکراهه کما ذکروه،أو التقیه کما أشرنا الیه،و الی هذا القول یمیل کلام جمله من محققی متأخری المتأخرین کالمحقق الأردبیلی و الفاضل الخراسانی.

المقام الثانی-المسأله الأولی بحالها الا أن المبیع مع الضمیمه

،و قد اختلف الأصحاب فی ذلک،قال فی المسالک بعد أن ادعی عدم الخلاف فی المنع مع

۱- ۱) الوسائل الباب-۱ من أبواب بیع الثمار الرقم-۲۰-۲۱.

عـدم الضـميمه:و المشـهور المنع مع الضـميمه أيضـا،حيث لا تكون الضـميمه هى المقصوده بالبيع،لانه غرر انتهى.و المفهوم منه التفصـيل بين كون الضميمه هى المقصوده بالبيع و الثمره تابعه-فيصح البيع كما لو باعه الأصل و الثمره-أو لا تكون مقصوده،بل جعلت تابعه،كسائر الضمائم التى ذكروها فى غير موضع مثل ضميمه الآبق و نحوها،فلا يصح.

و أنت خبير بأنه قد تقدم فى موثقه سـماعه التصـريح بالصـحه مع الضميمه مع ظهور كون الضميمه تابعه،فان ضم الرطبه أو البقل الى الثمره ظاهر بل صـريح فى التبعيه و عدم المقصوديه،و يعضد ذلك اتفاقهم على الصـحه مع الضميمه المعلومه تبعيتها فى غير موضع،ممـا يحكمون فيه ببطلاـن العقـد لو لا الضـميمه،و أظهر تأييـدا فى ذلك ما عرفت آنفا من صـحه البيع مع عـدم الضـميمه بالكليه،كما اخترناه و صرح به من قدمناه.

و بالجمله فإن ما ذكروه لا أعرف له وجه استقامه بعد ما عرفت.و لا سيما بعد ما رجحناه من صحه البيع مع عدمها بالكليه.

المقام الثالث-فى بيعها قبل الظهور أزيد من عام واحد

،قـال فى المختلف المشـهور أنه لاـ يجوز بيع الثمره قبل ظهورها،لا عاما واحـدا و لا عامين أما العام الواحـد فبالإجماع،و لانه بيع عين معدومه،فلا يصح و أما بيع عامين فالمشهور أنه كذلك،و ادعى ابن إدريس الإجماع فيه أيضا،قال:و قد يشتبه على كثير من أصـحابنا ذلـك،و يظنون أنه يجوز بيعهـا سـنتين و ان كـانت فـارغه لم يطلع بعـد وقت العقـد،قال:و هـذا بخلاف ما يجـدونه فى تصانيف أصحابنا و خلاف إجماعهم و اخبار أئمتهم و فتاويهم،و هذا غلط فى النقل،فان الصدوق قال فى المقنع:

بالجواز (۱)و المعتمد الأول،لنا انه بيع عين مجهوله معدومه،فلا يصح كغيرها

---

۱ – ۱) حيث قـال بعـد المنع من الـبيع سـنه واحـده:و مع الانضـمام إلى سـنه أخرى يجوز لمـا رواه الحلـبى فى الحسن ثم سـاق الروايه،ثم نقل صحيحه يعقوب بن شعيب منه رحمه الله.

من المجهولات،

و لقول الباقر(عليه السلام)فى حديث أبى الربيع الشامى:

«و إذا بيع سنتين أو ثلاثه فلا بأس ببيعه بعد أن يكون فيه شىء من الخضره». انتهى كلامه زيد مقامه.

أقول:المشهور فى كلامهم نسبه الخلاف فى هذه الصوره الى الصدوق خاصه (۱)مع أن ظاهر العلامه فى التذكره القول بذلك أيضا،و كذا نقله بعض المحققين عن الشيخ أيضا،و مما يدل على القول المذكور ما تقدم فى صحيحه يعقوب بن شعيب و صحيحه سليمان بن خالد بالتقريب الذى ذكرناه ذيلها و روايه أبى بصير الاولى و صحيحه الحلبى أو حسنته و صحيحه ربعى و صحيحه على بن جعفر المذكور فى كتابه،معللا ذلك فى روايه يعقوب بن شعيب،و صحيحه الحلبى أو حسنته و صحيحه على بن جعفر-بأنه ان لم يخرج العام أخرج فى القابل.

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن معاويه بن ميسره (۲)قال:

«سألته عن بيع النخل سنتين؟قال:لا بأس به»الحديث.

و بذلك يظهر قوه قول المذكور،و أنه المؤيد المنصور،قال فى المختلف -بعد ذكر ما قدمنا نقله-:احتج ابن بابويه بما رواه يعقوب بن شعيب فى الصحيح،

ص:۳۳۱

۱- ۱) حيث قال:و المشهور عدم جوازه أكثر من عام،و لم يخالف فيه الا الصدوق لصحيحه يعقوب بن شعيب،و حملت على عدم بدو الصلاح انتهى،و هو ظاهر فى انه لا مخالف الا الصدوق،و لا دليل له الا صحيحه يعقوب المذكوره،و قد عرفت مما ذكرنا وجود المخالف غير الصدوق و تعدد الاخبار الصحيحه الصريحه زياده على الروايه المذكوره-منه رحمه الله.

۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۱۷۷ التهذيب ج ۷ ص ۸۶.

ثم ساق الروايه كما قدمناه،ثم قال:و الجواب أنه محمول على ظهور الثمره قبل تأبيرها.

و أنت خبير بما فى هذا الجواب،و ان تبعه فيه الشهيد فى الدروس،كيف لا و السؤال الثانى من الروايه المذكوره انما وقع عن الثمره قبل أن تطلع،و مع هذا أجاب(عليه السلام)بنفى البأس،و يرد ما ذكروه أيضا التعليل المذكور فى تلك الروايات أنه ان لم يخرج العام يخرج فى العام الأخر،فإنه إشاره إلى الوجه المصحح للبيع فى هذه الصوره،قال فى المسالك-بعد قول المصنف:و«فى جواز بيعها كذلك عامين فصاعدا تردد،و المروى الجواز»و بعد استدلاله للقول المشهور بمفهوم الشرط فى روايه أبى بصير الثانيه،و لروايه أبى الربيع-ما لفظه:لكن فى الروايه الأولى ضعف،و الثانيه من الحسن،و أشار المصنف بقوله«و المروى الجواز» إلى صحيحه يعقوب بن شعيب،ثم ساقها الى آخرها،ثم قال:و عمل بمضمون الروايه الصدوق،و يظهر من المصنف الميل اليه،و هو قوى-إذ لم يثبت الإجماع على خلافه-لصحه روايته و ترجيحها على ما يخالفها من الروايات،مع إمكان حمل روايات المنع على الكراهه جمعا.انتهى.

و فيه أن وصفه روايه أبى الربيع بالحسن سهو منه(قدس سره)فان الرجل المذكور غير موثق و لا ممدوح،و أن الدليل على الجواز غير منحصر فى صحيحه يعقوب المذكوره،لما عرفت من الاخبار التى أشرنا إليها،و هى متكاثره صحيحه صريحه فى الحكم المذكور،لا يعارضها ما ذكره،سيما مع قيام التأويل فى المعارض، كما أشار اليه،و بالجمله فالقول بالصحه فى الصوره المذكوره مما لا مجال لإنكاره بعد ما عرفت و الله العالم.

المقام الرابع-فى بيعها بعد الظهور و قبل بدو صلاحها

اشاره

،و المشهور أنه لا يجوز الا أن يضم إليها ما يجوز بيعه (۱)أو بشرط القطع أو عامين فصاعدا و لو بيعت من

۱- ۱) فى قوله ما يجوز بيعه إشاره إلى أنه يجب فى الضميمه أن يكون شيئا يمكن افراده بالبيع بأن يكون معمولا جامعا لجميع شرائط البيع و ان كان قليلا بالنسبه إلى العاده الجاريه بين الناس فى أمثاله كما تقدم. منه رحمه الله.

دون أحد الشروط المذكوره،فهل يكون جائزا على كراهه،أو يكون باطلا،أو يراعى السلامه؟أقوال ثلاثه،و بالأول-قال الشيخ فى كتابى الاخبار،و الشيخ المفيد و سلار و ابن إدريس و العلامه فى التذكره،و بالثانى قال فى النهايه و المبسوط و الخلاف،و ادعى عليه الإجماع،و به قال الصدوق،و ابن الجنيد،و أبو الصلاح، و ابن حمزه،و بالثالث قال سلار فى ظاهر كلامه،و استدل القائلون بالتحريم إلى روايه أبى بصير الثانيه من روايتيه المتقدمتين،و ما رواه

فى الكافى و الفقيه،عن الوشاء (۱)فى الضعيف فى الأول،و الحسن فى الثانى قال:

«سألت الرضا(عليه السلام)هل يجوز بيع النخل إذا حمل فقال:لا يجوز بيعه حتى يزهو،قلت:و ما الزهو جعلت فداك؟ قال:يحمر و يصفر و شبه ذلك». و ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن على بن حمزه (۲)قال سألت أبا عبد الله(عليه السلام)الى أن قال:

«و سألته عن رجل اشترى بستانا فيه نخل ليس فيه غير بسر أخضر؟فقال:لا حتى يزهو،قلت:و ما الزهو؟قال:

يتلون». و يدل عليه أيضا ما تقدم فى حديث المناهى المنقول عن الفقيه،و ما فى روايه قرب الاسناد.

و يعارض هذه الاخبار ما قدمنا ذكره من الروايات الصحيحه الصريحه فى جواز البيع قبل الظهور بالكليه من غير شرط،فبعده قبل بدو الصلاح بطريق أولى، مضافا ذلك الى عمومات الكتاب و السنه فى حل البيع،و وجوب الوفاء بالعهود،

۱- ۱) الوسائل الباب-۱-من أبواب بيع الثمار الرقم ۳.
۲- ۲) الوسائل الباب-۱-من أبواب بيع الثمار الرقم ۵.

و حمل الأخبار النافيه على الكراهه،كما ذكره الأصحاب غير بعيد (۱)لان ما تشعر به من احتمال تطرق الافه قبل بدو الصلاح لا يصلح للمانعيه،أ لا ترى أنه يمكن ذلک فی أکثر المبیعات،مثل الحيوانات و بيع الثمره سنتين مثلا،بل بعد بدو الصلاح يمكن تطرقها أيضا.

و نقل العلامه فى التذكره المنع من المذاهب الأربعه،و كذا ابن إدريس فى كتاب السرائر حيث قال:و انما يجوز عندنا خاصه بيعها إذا طلعت قبل بدو الصلاح سنتين،و عند المخالفين لمذهب أهل البيت(عليهم السلام)لا يجوز،و على هذا فلا يبعد حمل هذه الاخبار على التقيه،و لعله الأظهر.

قال فی المسالک بعد ذکر الشروط الثلاثه المتقدمه:و ألحق العلامه بالثلاثه بيعها على مالك الأصل،و بيع الأصول مع استثناء الثمره،و فى الأخير نظر،إذ ليس هناك بيع و لا نقل الثمره بوجه،و دليل الأول غير واضح،و التبعيه للأصل انما يجرى لو بيعا معا.انتهى و هو جيد.

ثم انه ينبغى أن يعلم ان الوجه فى اشتراط الضميمه-و كذا فى اشتراط الزياده عن سنه-ظاهره أما فى اشتراط القطع فهو لا يخلو عن نوع غموض،لان الظاهر أن الاشتراء انما يكون بشيء يمكن الانتفاع به،و مجرد ظهور الثمره-قبل بدو الصلاح- لا يترتب عليها بعد القطع منفعه-يعتد بها بين العقلاء-حتى انه تقطع لأجلها،و انما

۱- ۱) أقول:و يمكن تأييد القول بالكراهه بما تضمنته صحيحه الحلبى المتقدمه أو حسنته حيث انه ذكر فى صدرها و ان اشتريته فى سنه واحده فلا تشتره حتى يبلغ،و هو ظاهر بالبيع حتى تدرك الثمره،ثم أنه نقل حديث رسول الله(صلى الله عليه و آله)،و ذكر أنه انما هم لما وقعوا فى الخصومه و لم يحرمه و منه يظهر ان نهيه(عليه السلام)أولا انما هو نهى تنزيه و كراهه لا نهى تحريم منه رحمه الله.

المنافع المترتبه بعد صیروره النخل بسرا،أو ثمره الکرم حصرما و نحو ذلک،و اما قبل ذلک فلا،فإطلاق اشتراط القطع لا یخلو من غموض و اشکال و الله العالم.

و تمام تحقیق الکلام فی المقام یتوقف علی رسم فائدتین،

[الفائده] الأولی [ما المراد ببدو الصلاح؟]

-بدو الصلاح- المجوز لبیع الثمره علی القول بالمنع قبله-هل هو عباره عن الاحمرار أو الاصفرار؟ أو هو عباره عن ان تبلغ مبلغا یؤمن علیها من الافه و المرجع فیه الی أهل الخبره قولان.

و نقل فی التذکره عن بعض العلماء ان حده طلوع الثریا،محتجا علیه بروایه عن النبی (۱)(صلی الله علیه و آله)،وردت بعدم ثبوت النقل،و الروایات المتقدمه بعضها قد اشتمل علی الأول،و بعضها علی الثانی.

و مما یدل علی الأول صحیحه ربعی و حدیث المناهی المنقول من الفقیه، و روایه قرب الاسناد،و حسنه الرشا،و روایه علی بن أبی حمزه.

و مما یدل علی الثانی صحیحه سلیمان بن خالد و فیها حتی یطعم،و فی الصحاح «أطعمت النخله إذا أدرکت ثمرتها،و أطعمت البسر:ای صار لها طعم»و مثلها روایه أبی بصیر الاولی،و فی روایته الثانیه حتی یثمر،و تؤمن ثمرتها من الافه.

و نحو هذه الروایه أیضا ما رواه

فی الکافی عن یعقوب ابن شعیب (۲)فی الصحیح قال:

«قال أبو عبد الله(علیه السلام):إذا کان الحائط فیه ثمار مختلفه فأدرک بعضها فلا بأس ببیعه جمیعا».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب فی الموثق عن إسماعیل بن الفضل الهاشمی (۳)

۱- ۱) و هی ان ابن عمر روی عن النبی صلی الله علیه و آله انه نهی عن بیع الثمار حتی یذهب العاهه فقال له عثمان بن عبد الله سراقه و متی ذلک قال:إذا طلعت الثریا،و رد بأن هذه التتمه من کلام ابن عمر لأقول النبی (صلی الله علیه و آله) منه رحمه الله.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۷۵ التهذیب ج ۷ ص ۸۵.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۱۷۵ التهذیب ج ۷ ص ۸۴.

عن بيع الثمره قبل أن تدرك؟فقال:إذا كان فى تلك الأرض بيع له غله قد أدركت فبيع ذلك كله حلال». أقول قوله«بيع»بمعنى«مبيع»و هذا الإطلاق شائع فى الاخبار،و قوله«له غله»أى ثمره.

و ما رواه

فى التهذيب و الفقيه عن على بن أبى حمزه (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن رجل اشترى بستانا فيه شجره و نخل،منه ما قد أطعم و منه ما لم يطعم:قال:لا بأس به إذا كان فيه ما قد أطعم». و بما ذكرناه هنا يظهر لك ما فى كلام شيخنا الشهيد الثانى(قدس سره)فى المسالك حيث قال:بعد قول المصنف«و بدو الصلاح أن يصفر أو يحمر أو يبلغ مبلغا يؤمن عليه العاهه»:بدو صلاح ثمره النخل أحد الأمرين المذكورين،عملا بما دلت عليه الروايات،فان كثيرا منها دل على الأول،و فى روايه أبى بصير ما يدل على الثانى،و اقتصر جماعه من الأصحاب على العلامه الأولى لصحه دليلها،و قيل بالثانى خاصه،و الأقوى اعتبار العلامه الأولى خاصه لما ذكرناه.

و اعترضه المحقق الأردبيلى هنا فى دعواه صحه دليل العلامه الأولى حيث، انه انما أورد روايتى الوشاء و على بن أبى حمزه،ثم قال:و ما رأيت غيرهما و ليس فيهما شىء صحيح،فقول شارح الشرائع«و اكتفى الأكثر به لصحه دليله»محل التأمل انتهى.

و فيه أن من جمله أدله هذه العلامه صحيحه ربعى كما ذكرناه،و لكنه غفل عنها كما ينبئ عنه كلامه،و انما وجه الدخل فى كلام شيخنا المذكور دعواه أن كثير من الروايات دل على العلامه الاولى،و أن فيها الصحيح و العلامه الثانيه انما دل عليها خبر أبى بصير خاصه،فمن ثم رجح العلامه الاولى،و الأمر كما عرفت مما ذكرناه ليس كذلك،و أن الروايات الداله على العلامه الثانيه أكثر عددا و صحاحا

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۸۴ الفقيه ج ۳ ص ۱۳۳.

و الظاهر-بمعونه ما قدمناه من جواز البيع قبل الظهور-ترتب هذه الاخبار فی مراتب الکراهه،فالأولی قبل الظهور،و الثانیه بعد الظهور و قبل التلون،و الثالثه بعد التلون و قبل أن تدرک و تطعم،و أما إذا بلغت هذا المبلغ فلا إشکال فی الجواز بغیر کراهه،و قد تقدم أیضا احتمال الحمل علی التقیه فی بعض هذه المراتب.

و الله العالم.

الثانیه

قالوا إذا أدرک بعض ثمره البستان جاز بیعها اجمع،و لو أدرکت ثمره بستان فهل یجوز أن یضم الیه بستان لم یدرک و یباع جمیعا أم لا؟قولان.

أقول:أما الحکم الأول فالظاهر أنه موضع اتفاق نصا و فتوی،لان بیع ما لم یدرک جائز مع الضمیمه کما تقدم،و ما أدرک من الثمره ضمیمه هنا لما لم یدرک، و قد تقدمت صحیحه یعقوب بن شعیب و صحیحه إسماعیل بن الفضل الهاشمی، و روایه علی بن أبی حمزه مصرحه بذلک.

و أما الثانی فالمشهور الجواز ایضا لمکان الضمیمه،و أید ذلک بصحیحه الهاشمی المتقدمه أیضا،بناء علی ظاهر إطلاق الأرض فیها،فإنه أعم من أرض ذلک البستان الذی أدرک بعضه،أو أرض بستان آخر.

و نقل عن الشیخ فی المبسوط و الخلاف المنع،لان لکل بستان حکم نفسه المتعدد،و لما رواه

عن عمار (1)فی الموثق عن أبی عبد الله(علیه السلام)

أنه سئل عن الفاکهه متی یحل بیعها؟قال:إذا کانت فاکهه کثیره فی موضع واحد فأطعم بعضها فقد حل بیع الفاکهه کلها،فإذا کان نوعا واحدا فلا یحل بیعه حتی یطعم،فان کان أنواعا متفرقه فلا یباع منها شیء حتی یطعم کل نوع منها وحده،ثم تباع تلک الأنواع». و رد فی المسالک الروایه بالضعف،و تردد المحقق فی الشرائع فی الحکم المذکور،و الظاهر عندی أن الروایه المذکوره لیست من قبیل ما نحن

١- ١) التهذیب ج ٧ ص ٩٢.

فيه،فان ظاهر الخبر أن التفرق انما هو فى أنواع الفاكهه،و ان كانت فى بستان واحد،لا فى المكان الذى فيه الفاكهه كما هو محل البحث،و هـذا الخبر على ظـاهره كما ذكرناه لا قائل به،لما عرفت فى الحكم الأول من أن البسـتان الواحـد إذا أدرك بعض ثمره جاز بيع الجميع،و يـدلك على ما قلناه قوله(عليه السـلام)فى صـدر الخبر«إذا كانت فاكهه كثيره فى موضع واحد»ثم انه فصل فى تلك الفاكهه بين كونها نوعا واحـدا أو أنواعا متعدده،فأثبت لكل نوع منها حكم نفسه،و حكمه فى صدر الخبر بحل بيع الفاكهه كلها إذا أطعم بعضـها مبنى على كونها من نوع واحـد كما ينادى به التفصـيل المـذكور،و حينئـذ يكون الخبر المـذكور من قبيل سائر اخبار عمار المشتمله على الغرائب،كما طعن عليه بذلك المحدث الكاشانى فى الوافى فى غير موضع.

و بالجمله فإن القول الأول هو الأوفق بالقواعد المتقدمه،و يعضده إطلاق الصحيحه المذكوره.

المطلب الثانى فى أثمار سائر الأشجار

،الظاهر أنه لا خلاف بين الأصـحاب فى عدم جواز بيعها قبل الظهور سنه واحده بغير ضميمه،و لم أقف هنا على نص صريح يدل على الجواز فى الصوره المـذكوره،و انمـا ورد ذلـك فى ثمره النخـل كمـا تقـدم،الاـ أن ظاهر جمله من الأصـحاب منهم شـيخنا الشهيد الثانى فى المسالك أن الخلاف هنا على حسب الخلاف فى ثمره النخل.

و قال فى التذكره على ما نقله المحقق الأردبيلى فى جميع مسائل ثمره الشجر:

الخلاف هنا كالخلاف فى ثمره النخل،ثم قال موردا عليه:الا أنه اختار فى ثمر النخل جواز بيعه بعد الظهور قبل البدو عامين،و فى ثمر الشجر قال:لا يجوز.

ص: ٣٣٨

أقول:و هو ظاهر العلامه فی الإرشاد،حیث ذکر فی عبارته الأحکام المتقدمه فی النخل و طردها فی الجمیع (۱).

و الـذی وقفت علیه من الاخبار المتعلقه بالشـجر ما تقدم فی المقام الأول من المطلب الأول فی صـحیحه الحلبی أو حسـنته،حیث إن السؤال فیها وقع عن شراء الکرم و النخل و الثمار،و قد تضمنت أنه لا بأس ببیعه ثلاث سنین،أو أربع، و تضمنت أنه ان اشتریته سنه واحـده فلاـ تشتره حتی یبلغ،و تضـمنت السؤال عن اشتراء الثمرات فتهلـک،و هو أعم من ثمره النخـل و غیرهـا،فأجاب(علیه السلام) بحدیث رسول الله(صلی الله علیه و آله)الدال علی جواز شراء الثمره قبل ظهورها عاما واحدا،و یستفاد منه علی هذا جواز الشراء سنه واحده قبل الظهور علی کراهیه،و جواز الشراء أزید من سنه قبل الظهور أیضا.

و منها ما رواه

فی الکافی.و التهذیب عن عمار الساباطی (۲)فی الموثق عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«سـألته عن الکرم متی یحـل بیعه؟فقـال:إذا عقـد و صـار عروقـا». و العرق اسم الحصـرم بـالنبطیه،کـذا فی الکافی.و فی التهـذیب «عقودا»و العقد اسم الحصرم بالنبطیه،و هو أظهر.

أقول:و هـذا الخبر من قبیـل الاخبـار المتقـدمه فی النخـل،و أنه لاتبـاع ثمرته بعـد الظهور حتی یبـدو صـلاحها،اما بالاـحمرار أو الاصفرار،أو بأن یؤمن

۱- ۱) و هـذه صوره عبـارته«الأـول فی بیع الثمار:انما یجوز بیعها بعـد ظهورها،و فی اشتراط بـدو الصـلاح الـذی هو الاحمرار و الاصفرار،أو بلوغ غایه یؤمن غلتها الفساد،أو ینعقد حب الزرع أو الشجر أو الضمیمه أو بشرط القطع،قولان»و لم یفصل فی ذلک بین النخـل و غیره من الشـجر و الموجود فی أکثر العبـارات التفصـیل و الفرق بین النخـل و غیره من الأشـجار کما فی الشـرائع و غیره-منه رحمه الله.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۷۸ التهذیب ج ۷ ص ۸۴.

علیها العاهه.

و منها ما تقدم فی روایه أبی الربیع الشامی المشتمله علی الحائط فیه النخل و الشجر،و قد تضمنت النهی عن بیعه سنه واحده حتی یبلغ ثمرته،و تضمنت جواز بیعه أزید من سنه واحده بعد أن یکون فیه شیء من الخضره.

و منها ما تقدم أیضا

فی صحیحه یعقوب بن شعیب (۱)عن أبی عبد الله (علیه السلام)قال:

و سألته عن الرجل یبتاع النخل و الفاکهه قبل أن تطلع فیشتری سنتین أو ثلاث سنین أو أربعا؟قال:لا بأس،إنما یکره شراء سنه واحده قبل ان یطلع مخافه الافه حتی تستبین،. و هی ظاهره فی ان حکم شجر الفاکهه حکم النخل فیما ذکرنا من کراهه شراء سنه واحده و جوازه أزید من سنه واحده من غیر ضمیمه، حسبما تقدم فی النخل.

و منها ما رواه

فی التهذیب عن محمد بن شریح (۲)عن ابی عبد الله(علیه السلام) فی حدیث قال:

«و بلغنی أنه قال فی ثمر الشجر:لا بأس بشرائه إذا صلحت ثمرته فقیل له:و ما صلاح ثمرته؟فقال:إذا عقد بعد سقوط ورده».

و منها موثقه عمار المتقدمه فی الفائده الثانیه،و فیها النهی عن بیع الفاکهه حتی تطعم.

أقول:و الذی یقرب عندی من هذه الاخبار بعد ضم بعضها الی بعض و هو مساومه حکم الشجر للنخل،الا أن فی جواز بیعه سنه واحده قبل الظهور توقف، لعدم ظهوره صریحا منها،و کذا فی جواز بیعه بعد الظهور و قبل البلوغ بأحد الشروط الثلاثه المتقدمه،فإنه لا دلاله لشیء من هذه الاخبار علیه،بل ظاهرها هو الجواز بعد الانعقاد،کما دلت علیه روایه محمد بن شریح من غیر اشتراط شیء.

و اما ما دل علی اشتراط أن تطعم-کما فی موثقه عمار الثانیه،و نحوه بلوغ

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۸۸ و ۹۱.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۸۸ و ۹۱.

الثمره فی موثقه سماعه،أو صیرورته حصرما کما فی موثقه عمار الاولی-فیحمل علی الأفضل و الاولی،و کراهه ما قبل ذلک،و ان ترتبت فی الکراهه کما تقدم فی النخل.

إذا عرفت ذلک فاعلم ان المفهوم من کلام الأصحاب رضوان(الله علیهم)هو المنع من البیع قبل الظهور عاما واحدا بغیر ضمیمه إجماعا،و معها علی المشهور و البیع أزید من عام فقولان.

و أما بعد الظهور فقیل:بالجواز و قیل:بأنه یتوقف علی بدو الصلاح، و انما الکلام فی بدو الصلاح،هل هو عباره عن انعقاد الحب خاصه-و علی هذا یتحد الظهور و بدو الصلاح،إذ لا واسطه بینهما-أو انه یشترط مع الانعقاد تناثر الورد؟ذکره الشیخ فی النهایه و جماعه،أو أن بدو الصلاح کما ذکره فی المبسوط حیث قال:بدو الصلاح مختلف،فان کانت الثمره مما تحمر أو تسود أو تصفر، فبدو الصلاح فیهما حصول هذه الألوان،و ان کانت مما تبیض بأن یتموه،و هو أن ینمو فیه الماء الحلو و یصفو لونه،و ان کان مما لا یتلون مثل التفاح فبان یحلو و یطیب أکله،و ان کان مثل البطیخ فبان یقع فیه النضج.

قال:و قد روی أصحابنا أن التلون یعتبر فی ثمره النخل خاصه،فأما ما یتورد فبدو صلاحه أن ینثر الورد و ینعقد،و فی الکرم أن ینعقد الحصرم،و ان کان مثل القثاء و الخیار الذی لا یتغیر طعمه و لا لونه،فان ذلک یؤکل صغارا فبدو صلاحه فیه أن یتناهی عظم بعضه.انتهی.

و قال ابن إدریس بدو الصلاح یختلف بحسب اختلاف الثمار،فان کانت ثمره النخل و کانت مما تحمر أو تسود أو تصفر فبدو الصلاح فیها ذلک،و ان کان خلاف ذلک فحین ینمو فیها الماء الحلو و یصفر لونها،و لا یعتبر التلون و التموه و الحلاوه عند أصحابنا إلا فی ثمره النخل خاصه،و ان کانت الثمره مما یتورد فبدو صلاحها أن ینثر الورد و ینعقد،و فی الکرم أن ینعقد الحصرم،و ان کان غیر

ذلک فحین یحلو و یشاهد و قال بعض المخالفین:ان مثل القثاء و الخیار الذی لا یتغیر طعمه و لا لونه فبدو صلاحه أن یتناهی عظم بعضه،و قد قلنا ان أصحابنا لم یعتبروا بدو الصلاح الا فیما اعتبروه من النخل و الکرم،و انتثار الورد فی الذی یتورد.

انتهی کلامه(زید مقامه).

و قال العلامه فی المختلف بعد نقل کلامی الشیخ و ابن إدریس المذکورین:

و هذا کله عندی لا عبره به،لأنا قد جوزنا بیع الثمره قبل بدو صلاحها،نعم بشرط ظهورها.انتهی.

أقول:و الظاهر من کلام الشیخ هو المنع من بیع البطیخ و القثاء و الخیار و نحوها بعد الظهور و قبل بدو الصلاح الذی ذکره الا بشرط القطع،و هذا الشرط و ان لم یذکره هنا،الا انه قد صرح به فی موضع آخر من الکتاب المذکور.

و التحقیق هو ما ذکره ابن إدریس عن أصحابنا من ان بدو الصلاح انما یشترط و یعتبر فی الثلاثه المذکوره فإنه هو الذی وردت به الاخبار،و أما غیرها فحین یتحقق خلقه و یصیر معلوما و الله العالم.

المطلب الثالث فی الخضر.

و المشهور بل الظاهر انه لا خلاف فیه انه لا یجوز بیعها قبل ظهورها،و انما یجوز بعد ظهورها لقطه و لقطات، (1)و جزه و جزات فیما یجز کالبقول،و فیما

1- 1) قال فی الدروس و المرجع فی اللقطه و الجزه و الخرطه إلی العرف،أقول: الظاهر ان مراده بالنسبه إلی إدراک ذلک الجنس و عدمه مما کان فیه صلاحیه الجزه و اللقطه و عدمها،کما إذا کان صغارا لم یبلغ أو ان الانتفاع به لصغره منه رحمه الله.

يخترط كالحناء و التوت (۱)-خرط و خرطات أو أربع-خرطات،و يدل عليه ما رواه

المشايخ الثلاثه فى الموثق عن سماعه (۲)فى حديث تقدم اوله قال فيه:

«و سألته عن ورق الشجر هل يصلح شراؤه ثلاث خرطات أو أربع خرطات؟فقال:

إذا رأيت الورق فى شجره فاشتر منه ما شئت من خرطه». و هو ظاهر فى انه انما يشترى بعد ظهوره،و انه يجوز شراؤه خرطه واحده و خرطات متعدده.

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن معاويه بن ميسره (۳)قال:

«سألته عن بيع النخل سنتين؟قال:لا بأس به،قلت:فالرطبه يبيعها هذه الجزه و كذا و كذا جزه بعدها؟قال:لا بأس به،ثم قال:قد كان أبى(عليه السلام)يبيع الحناء كذا و كذا خرطه».

أقول:و هذا الخبر و ان كان مطلقا فى الظهور و عدمه،الا أنه مما يجب حمله على الأول،حمل المطلق على المقيد،و أما ما نقل عن ابن حمزه مما يشعر بجواز بيع الجزه الثانيه أو الثالثه على حده،حيث قال:يجوز بيع الرطبه و أمثالها الجزه،أو الثانيه أو جميعا فهو مردود بالخبر الأول الدال صريحا على أنه لا يجوز البيع الا بعد الظهور جزه أو جزات،و مقتضى ما ذكره جواز البيع قبل الظهور،و هو بيع مجهول،فلا يصح بانفراده بخلاف ما لو ضمها الى الموجود كما دل عليه الخبر.

۱- ۱) التوت بالتائين المنقطتين نقطتين،من فوق،و قيل بالتاء و الثاء المثله منه رحمه الله.
۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۱۷۶ التهذيب ج ۷ ص ۸۶ الفقيه ج ۳ ص ۱۴۳.
۳- ۳) الكافى ج ۵ ص ۱۷۷ التهذيب ج ۷ ص ۸۶.

المطلب الرابع فی الأحكام

اشاره

و فیه مسائل

[المسأله] الاولی لو باع الأصول بعد انعقاد الثمره [و قبلها]

لم تـدخل فی المبیع الا ـ بالشـرط،و أمـا قبله فتـدخل و ان کان وردا خلافا للشـیخ (۱)و مـتی لم تـدخل فی المبیع فـالواجب علی المشتری إبقاؤها إلی أو ان بلوغها،و یرجع فی ذلک الی ما هو المتعارف فی تلک الأشـجار من حد البلوغ،هذا علی المشهور فی غیر النخل.

أما النخـل إذا بیع فـإنه یفرق فیه بالتـأبیر و عـدمه،فـإن أبرت ثمرته فهی للبـائع و ان کان قبل التأبیر فهی للمشتری،و الظاهر أنه لا خلاف فیه.

و یدل علیه ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن یحیی بن أبی العلاء (۲)قال:

« قـال أبو عبـد الله(علیه السـلام):من بـاع نخلا ـ قـد لقـح فـالثمره للبـائع الا ـ أن یشـترط المبتـاع،قضـی رسول الله(صـلی الله علیه و آله)بذلک».

و عن غیاث بن إبراهیم (۳)عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«قال أمیر المؤمنین(علیه السلام):من باع نخلا قد أبره فثمرته«للذی باع»الا أن یشترط المبتاع،ثم قال:ان علیا(علیه السلام)قال:قضی به رسول الله(صلی الله علیه و آله)».

و ما رواه

فی الکافی عن عقبه بن خالد (۴)عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

»

۱- ۱) قـال فی الـدروس:و فی دخول الورد قبـل انعقـاد الثمره فی بیع الأـصول خلاف،فأدخله الشـیخ فی الظاهر،و منعه الفاضـل

انتهى.منه رحمه الله.

۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۱۷۷ التهذيب ج ۷ ص ۸۷.

۳- ۳) الكافى ج ۵ ص ۱۷۷ و فيه(للبائع)التهذيب ج ۷ ص ۸۷.

۴- ۴) الكافى ج ۵ ص ۱۷۸ التهذيب ج ۷ ص ۸۷.

قضى رسول الله(صلى الله عليه و آله)أن ثمر النخل للذى أبرها الا أن يشترط المبتاع».

و انما الخلاف فيما عدا النخل،و فى النخل فى الانتقال بغير المبيع،فان ظاهر المشهور هو ما قلناه من أن الثمره للبائع،لا تدخل فى المبيع،للأصل و عدم شمول اللفظ لها،الا ان يصرح بدخولها.

و قال الشيخ فى النهايه:إذا باع نخلا-قد أبر و لقح فثمرته للبائع الا-أن يشترط المبتاع الثمره،فإن شرط كان على ما شرط،و كذلك الحكم فيما عدا النخل من شجر الفواكه،و كذا قال الشيخ المفيد على ما نقل عنه فى المختلف،و ظاهره كما ترى اجراء الحكم المذكور فى غير النخل،و تأول ابن إدريس فى السرائر كلامه بأن قصد الشيخ من ذلك أن الثمره للبائع،لأنه ما ذكر الا ما يختص بالبائع،و لا اعتبار عند أصحابنا بالتأبير إلا فى النخل،فأما ما عداه متى باع الأصول و فيها ثمره فهى للبائع الا ان يشترطها المشترى،سواء لقحت و أبرت أو لم تلقح.

و أنت خبير بان كلامه فى المبسوط لا يقبل ما ذكره من التأويل،حيث قال:

إذا باع القطن و قد خرجت جوزته فان كان قد تشقق فالقطن للبائع الا-أن يشترطه المشترى،و ان لم يكن تشقق فهو للمشترى،قال:و ما عدا النخيل و القطن فهو على أقسام أربعه أحدها-ما يكون ثمرتها بارزه لا فى كمام و لا ورد،كالعنب و التين، فإذا باع أصلها فإن كانت الثمره قد خرجت فهى للبائع،و الا فهى للمشترى.

الثانى-أن يخرج الثمره فى ورد،فان باع الأصل بعد خروج وردها فان تناثر الورد و ظهرت الثمره فهى للبائع،و ان لم يتناثر وردها و لم تظهر الثمره و لا بعضها فهى للمشترى.

الثالث-ان يخرج فى كمام كالجوز و اللوز مما دونه قشر يواريه إذا ظهر ثمرته

فالثمره للبائع.

الرابع-ما يقصد ورده كشجره الورد و الياسمين،فإذا بيع الأصل فإن كان ورده قد تفتح فهو للبائع،و ان لم يكن تفتح و انما هو جنبذ فهو للمشترى.و تبعه فى ذلک ابن البراج،و ابن حمزه عمم الحكم أيضا فى النخل و الشجر،و محل المخالفه فى القطن بعد خروج جوزته و قبل تشققها و فى الورد قبل تفتحه،و الا فباقى كلامه موافق لما عليه الأصحاب من التفصيل بالظهور و عدمه.

و قال فى المبسوط أيضا:إذا باع نخلا قد طلع فان كان قد أبر فثمرته للبائع، و ان لم يكن قد أبر فثمرته للمشترى،و كذلک إذا تزوج بامرأه على نخله مطلعه، أو يخالع امرأه على نخله مطلعه،أو يصالح رجلا فى شىء على نخله مطلعه أو يستأجر دارا مده معلومه بنخله مطلعه،قال:فجميع ذلک ان كان قد أبر فثمرته باقيه على ملک المالک الأول،و ان لم يكن قد أبر فهو لمن انتقل اليه النخل بأحد هذه العقود.انتهى.

و تبعه ابن البراج فى ذلک،و هو ظاهر فى قياس ما عدا البيع فى النخل-من عقود المعاوضات-على البيع،مع ان مورد النص كما تقدم انما هو البيع خاصه و الأصل كما عرفت بقاء الثمره على ملک مالكها،خرج منه ما دل النص عليه،و هو البيع خاصه،فيبقى الباقى على أصله.

و لهذا اعترضه ابن إدريس هنا،فقال بعد نقل كلامه المذكور:قال محمد بن إدريس مصنف هذا الكتاب:و هذا الذى ذكره(رحمه الله عليه)مذهب المخالفين لأهل البيت(عليهم السلام)لان جميع هذه العقود الثمره فيها للمالک الأول،سواء أبر أم لم يؤبر،بغير خلاف بين أصحابنا،و المخالف حمل باقى العقود على عقد البيع و قاسها عليه،و القياس عندنا باطل بغير خلاف بيننا الى آخره.

المسأله الثانيه [جواز استثناء ثمره شجره أو حصه مشاعه و نحوهما]

-الظاهر أنه لا خلاف فى جواز أن يشترط استثناء ثمره شجره

أو شجرات بعينها،أو يستثنى حصه مشاعه كالنصف أو الثلث مثلا،و كذا استثناء جزء معين من شجره،كغدق معين من نخله،و المشهور جواز استثناء أرطال معينه،خلافا لأبى الصلاح،مستندا الى حصول الجهل بقدر المبيع حيث لا يعرف قدره جمله.

و يدل على المشهور ما رواه

فى الفقيه عن حماد بن عيسى عن ربعى (۱)عن أبى عبد الله(علیه السلام)

فى الرجل يبيع الثمره ثم يستثنى كيلا و تمرا قال:لا بأس به؟قال:و كان مولى له عنده جالسا فقال المولى:انه ليبيع و يستثنى أوساقا- يعنى أبا عبد الله(علیه السلام)-قال:فنظر اليه و لم ينكر ذلك من قوله».

و حينئذ فإن سلمت الثمره فالأمر واضح بأن يأخذ المستثنى ما استثناه، و للمشترى الباقى،و ان خاست و تلف بعضها فان كان ذلك فى صوره استثناء شجره أو شجرات فلا اشكال،لامتياز المبيع منها،و أما فى صوره الحصه المشاعه فالأمر أيضا واضح.

و أما فى صوره الأرطال المعلومه فإن الساقط يكون بالنسبه بأن يخمن ثمره البستان على تقدير السلامه تنسب إليه الأرطال المعلومه،ثم تؤخذ بتلك النسبه من الباقى،فإذا خمن بقدر معلوم على تقدير السلامه نسبت إليه الأرطال المعلومه،بأن يكون ربعا أو خمسا أو نحو ذلك،ثم يؤخذ بتلك النسبه من الثمره الباقيه،بأن يؤخذ ربعها أو خمسها كما فى المثال المذكور.

المسأله الثالثه [إذا باع ما بدا صلاحه فأصيب قبل قبضه]

اشاره

قالوا إذا باع ما بدا صلاحه فأصيب قبل قبضه كان من مال بايعه،و كذا لو

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۱۳۲.

أتلفه البائع،و ان أصيب البعض أخذ السليم بحصته من الثمن،و لو أتلفه أجنبى كان كان المشترى بالخيار بين فسخ البيع و مطالبه المتلف،و لو كان بعد القبض-و هو التخليه-لم يرجع على البائع بشيء على الأشبه،و لو أتلفه المشترى فى يد البائع استقر العقد،و كان الإتلاف كالقبض،و كذا لو اشترى جاريه و أعتقها قبل قبضها.

أقول:و الكلام فى هذه المسأله يقع فى مواضع

الأول [مبنا الحكم بتلفه من مال البائع]

ما ذكر من أن تلفه قبل القبض يكون من مال البائع إذا كان التلف بآفه و نحوها،فإنه مبنى على القاعده المشهوره،من أنه مضمون على البائع قبل القبض،و المعنى أنه ينفسخ العقد من حينه،و تقدم الكلام فى ذلك فى المسأله الخامسه من المقام الثانى فى أحكام الخيار (۱)و ذكرنا ثمه معارضه هذه القاعده بالقاعده الداله على أن المشترى يملك المبيع بالعقد.

و أما ما ذكر من أن الحكم كذلك لو أتلفه البائع فهو خلاف ما هو المشهور بينهم،كما قدمناه ذكره فى المسأله المشار إليها من أن الحكم هنا انما هو تخير المشترى بين الرجوع بالثمن بأن يفسخ العقد،و بين مطالبه المتلف بالمثل أو القيمه سواء كان البائع أو الأجنبى،و لهذا قال شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك هنا بعد ذكر القول المذكور:و الأقوى تخير المشترى بين الفسخ،و إلزام البائع بالمثل،أما الفسخ فلان المبيع مضمون على البائع قبل القبض،و اما إلزامه بالعوض فلأنه أتلف ماله،لان المبيع قد انتقل إلى المشترى و ان كان مضمونا على البائع كما لو أتلفه الأجنبى،تمسكا بأصاله بقاء العقد،و اقتصارا بالانفساخ على موضع الوفاق.انتهى.

أقول:و قد تقدم فى المسأله المشار إليها آنفا ما فى هذا الكلام من تطرق الإيراد،فإن قضيه كونه قبل القبض مضمونا على البائع الاقتصار على الفسخ و عدم

۱- ۱) ص ۷۷.

الرجوع بالمثل لبطلان العقد بالتلف،و قضيه كون المبيع ينتقل بالعقد إلى المشترى- و يكون ملكا له-هو عدم الرجوع على البائع بوجه،الا- أنه حيث كان ظاهرهم الإجماع على كل من القاعدتين جمعوا بينهما بما ذكر،كما يشير اليه قوله«و اقتصارا بالانفساخ على موضع الوفاق».

الثانی

-ما ذكر«من أنه لو كان بعد القبض و هو التخليه»الى آخره فإنه لا ريب أن مقتضى قاعده البيع أنه بعد القبض لا يرجع على البائع بشىء،و هو المشهور فى كلامهم بأى نوع كان من أنواع التلف المذكوره،الا أنه قد نقل فى المسالك عن بعض الأصحاب أنه ذهب هنا الى أن الثمره على الشجره مضمونه على البائع و ان أقبضها بالتخليه،نظرا الى أن بيعها بعد بدو صلاحها بغير كيل و لا وزن على خلاف الأصل،لأن شأنها بعده النقل،و الاعتبار بالوزن أو الكيل بالقوه القريبه من الفعل،و انما أجيز بيعها كذلك للضروره،و يراعى فيها السلامه و على هذا فيحتمل أن يكون قوله«على الأشبه»متعلقا بقوله«لم يرجع»و يكون إشاره الى هذا القول،و يحتمل أن يكون متعلقا بقوله«و هو التخليه،»حيث أنه كما تقدم قد وقع الخلاف فى القبض،هل هو عباره عن التخليه مطلقا،أو من الكيل أو الوزن فى المكيل و الموزون؟و هذه الثمره بعد بدو صلاحها قد صارت صالحه للاعتبار بهما،و حينئذ فيكون فيه تنبيه على اختياره القول بالتخليه مطلقا، كما هو أحد القولين المذكورين.

الثالث

ما ذكره بقوله«و لو أتلفه المشترى فى يد البائع»الى آخره،لا يخفى ان إتلاف المشترى فى الصوره المذكوره ان كان بإذن البائع فهو قبض،يترتب عليه أحكام القبض مطلقا،و ان كان بغير اذنه و هو الظاهر من العباره،فهو قبض من حيث انتقال الضمان إلى المشترى بالإتلاف و ان لم يكن باقى أحكام القبض مترتبه عليه،لان الغرض هنا بيان عدم الرجوع على البائع،و حيث انتقل الضمان اليه فلا رجوع.

ص :٣۴٩

قیل:و انما شبه الإتلاف هنا بالقبض و لم یجعله قبضا لأن الإتلاف قد یکون بمباشره المشتری،فیکون قبضه حقیقه،و قد یکون بالتسبیب فیکون فی حکم القبض خاصه.

الرابع

-ما ذکره من قوله«و کذا لو اشتری جاریه»الی آخره و الغرض منه التنبیه علی ان العتق مثل الإتلاف فی کونه قبضا،و یکون العتق صحیحا لتقدم الملک و الله العالم.

المسأله الرابعه [حکم المزابنه و المحاقله]

اشاره

-لا خلاف بین الأصحاب(رضوان الله علیهم)فی جواز بیع الثمره فی أصولها بالأثمان و العروض،و لا اشکال فیه،و علیه یدل عموم الأخبار المتقدمه،و انما الممنوع منه بیع ثمره النخل بمثلها من تلک النخله،أو غیرها علی الخلاف الاتی،و کذا الزرع بحنطه منه أو غیره،و هو المسمی بالمحاقله و المزابنه و تفصیل هذا الإجمال یقع فی مواضع

الأول [معنی المزابنه و المحاقله]

-ینبغی ان یعلم ان المزابنه مفاعله من الزبن و هو الدفع،و منه الزبانیه،لأنهم یدفعون الناس فی النار،قیل:

سمیت هذه المعامله بذلک لأنها مبنیه علی التخمین،و الغبن فیها کثیر،فکل من البائع و المشتری یرید دفعه عن نفسه إلی الأخر فیتدافعان.

و المحاقله مفاعله من الحقل:و هی الساحه التی یزرع فیها،قیل:سمیت هذه المعامله بذلک لتعلقها بزرع فی حقل،فأطلق اسم الحقل علی الزرع مجازا،من باب إطلاق اسم المحل علی الحال،أو المجاور علی مجاوره،فکأنه باع حقلا بحقل، و تحریمهما فی الجمله إجماعی منصوص.

الثانی [مورد استعمال المزابنه و المحاقله]

المفهوم من کلام أکثر الأصحاب،و کذا من کلام جمله من أهل اللغه أن المزابنه مختصه بالنخل،و المحاقله بالزرع،و المفهوم من صحیحه عبد الرحمن ابن أبی عبد الله (1)و موثقته الآتیتین عکس ما ذکروه،و هو أن المحاقله فی النخل، و المزابنه فی الزرع،و کأن الأصحاب و کذا أهل اللغه بنوا فیما ذکروه علی وجه

1- 1) التهذیب ج 7 ص 143.

المناسبه المذكور فی الموضع الأول،و بعض مشایخنا المحدثین من المتأخرین (۱)لذلک-حمل موثقه عبد الرحمن-الصریحه فی ذلک-علی السهو من الراوی،و لله در المحدث الکاشانی فی الوافی حیث قال ذیل الموثقه المذکوره:عکس ابن الأثیر فی نهایته هذا التفسیر،و لا ینبئک مثل خبیر.

و العجب من صاحب الوسائل انه تبع الأصحاب فیما ذکروه،فقال:باب أنه لا یجوز بیع ثمره النخل بتمر منه،و هی المزابنه،و لا بیع الزرع بحب منه و هی المحاقله،ثم أورد فی الباب روایتی عبد الرحمن (۲)المشار إلیهما،و لم یجب عنها بشیء،مع أنها ظاهرتان فی خلاف ما عنون به الباب،نعم أورد فی الباب أیضا روایه من کتاب

معانی الأخبار مسنده برجال من العامه عن ابی عبید القاسم بن سلام (۳)بإسناده إلی النبی(صلی الله علیه و آله)

انه نهی عن بیع المحاقله و المزابنه،فالمحاقله بیع الزرع و هو فی سنبله بالبر،و المزابنه،بیع الثمر فی رؤوس النخل بالتمر.

أقول:من المحتمل قریبا ان هذا التفسیر انما هو عن ابی عبید المذکور، کما صرح به الصدوق فی غیر موضع من الکتاب المذکور،و مع تسلیم کونه من النبی(صلی الله علیه و آله)فهو لا یعارض ما قدمناه من الاخبار،خصوصا مع کون سنده انما هو رجال العامه.

۱- ۱) هو شیخنا الشیخ علی بن سلیمان البحرانی فی حواشیه علی التهذیب حیث قال:المعروف عند أهل اللغه-علی خلاف بینهم و کذا عند الفقهاء من الخاصه و العامه-ان المزابنه بیع ثمر النخل و الشجر من جنسه، و المحاقله بیع الزرع بحنطه أو شعیر،فلعل ما فی الروایه سهو من الراوی و الله یعلم.انتهی منه رحمه الله.

۲- ۲) الوسائل الباب-۱۳-من أبواب بیع الثمار.

۳- ۳) الوسائل الباب-۱۳-من أبواب بیع الثمار.

الثالث [هل یعم حکم المزابنه و المحاقله غیرهما؟]

-لا-خلاف بین الأصحاب فی تحریم بیع الثمره بتمر منه،و الزرع بعد بدو صلاحه بحنطه منه،و انما الخلاف فیما إذا کان من غیره،فقیل بالاختصاص و هو المتفق علیه،و خصوا المزابنه و المحاقله المتفق علی تحریمها بذلک،و قیل بالعموم،و أن الاسمین المذکورین مراد بهما الأعم مما إذا کان منه أو من غیره و لو کانت مطروحه علی الأرض،و الظاهر أنه المشهور.

و استند القائلون بالعموم إلی

صحیحه عبد الرحمن بن أبی عبد الله عن أبی عبد الله (۱)(علیه السلام) قال:

«نهی رسول الله(صلی الله علیه و آله)عن المحاقله و المزابنه،قلت و ما هو؟قال أن تشتری حمل النخل بالتمر،و الزرع بالحنطه».

و موثقته عن ابی عبد الله(علیه السلام،)قال:

نهی رسول الله(صلی الله علیه و آله) عن المحاقله و المزابنه فقال:المحاقله بیع النخل بالتمر و المزابنه بیع السنبل بالحنطه». و هما ظاهرتان فی کون کل من التمر و الحنطه أعم من أن یکونا من المبیع أو غیره و الثانیه صریحه فیما قدمناه من ان المحاقله انما هی فی النخل،و المزابنه فی الزرع،خلاف ما هو المشهور بین الأصحاب.

و استند القائلون بالتخصیص الی ما دل علی جواز البیع بتمر غیر ما فی المبیع و منه

حسنه الحلبی (۲)أو صحیحته قال:

«قال أبو عبد الله(علیه السلام) فی رجل قال لاخر:بعنی ثمره نخلک هذا الذی فیها بقفیزین من تمر أو أقل أو أکثر یسمی ما شاء فباعه؟قال:لا بأس به».

و ما رواه

الشیخ فی الصحیح عن إسماعیل بن الفضل الهاشمی (۳)قال:

« سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن بیع حصائد الحنطه و الشعیر و سائر الحصائد؟

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۱۴۳.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۷۶.
۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۲۰۵.

قال:حلال فليبعه بما شاء». و هو و ان كان عاما لما لو كان الثمن من جمله المبيع الا انه يجب استثناؤه بالنص و الإجماع،و جمله الأخبار الداله على التحريم فيما لو كان من المبيع،و الجواز من غيره.

و منه ما رواه

الشيخ فى الحسن عن الحسن بن على الوشاء (۱)قال:

«سألت أبا الحسن(عليه السلام)عن الرجل اشترى من رجل أرضا جريانا معلومه بمأه كر على أن يعطيه من الأرض،فقال:حرام،قال:فقلت له فما تقول جعلت فداك أن اشترى منه الأرض بكيل معلوم و حنطه من غيرها؟قال:لا بأس». و المراد زراعه الأرض،

و رواه بسند آخر أيضا عنه(عليه السلام)قال:

سألت الرضا(عليه السلام) الحديث.

و مما يدل أيضا على الجواز فيما لو كان من غير المبيع أيضا ما رواه

الشيخ فى الموثق عن الكنانى (۲)قال:

«سمعت أبا عبد الله(عليه السلام)يقول:ان رجلا كان له على رجل خمسه عشر و سقا من تمر و كان له نخل فقال له:خذ ما فى نخلى بتمرك فأبى أن يقبل،فأتى النبى(صلى الله عليه و آله)فقال:يا رسول الله(صلى الله عليه و آله) ان لفلان على خمسه عشر و سقا من تمر،فكلمه أن يأخذ ما فى نخلى بتمره،فبعث اليه رسول الله(صلى الله عليه و آله)فقال:يا فلان خذ ما فى نخله بتمرك،فقال يا رسول الله لا يفى و أبى أن يفعل،فقال رسول الله(صلى الله عليه و آله)لصاحب النخل:اجذذ نخلك،فجذه،فكال له خمسه عشر و سقا،فأخبرنى بعض أصحابنا عن ابن رباط و لا أعلم الا انى قد سمعته منه أن أبا عبد الله(عليه السلام)قال:ان ربيعه الرأى لما بلغه هذا عن رسول الله(صلى الله عليه و آله)قال:هذا ربا:قلت:أشهد بالله انه لمن الكاذبين قال:صدقت».

و الشيخ حمل هذا الخبر على الصلح دون البيع،و كذا العلامه فى المختلف،

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۱۹۵.

۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۹۱.

و أنت خبير بما فيه،لان الدليل غير منحصر فى الخبر المذكور،ليخرج بتأويله عن الإشكال،فإن الخبرين الأولين صريحان فى البيع،و المسأله كما ترى محل اشكال.

و بعض المحققين احتمل فى روايتى عبد الرحمن أن يكون التمر و الحنطه بمعنى تمره و حنطه فيكون الالف و اللام عوضا عن الضمير المضاف اليه،قال:

بل هو المتبادر،و لو أراد العموم لكان التنكير أولى،و هو بتمر و حنطه.انتهى و هو احتمال قريب لا بأس به فى مقام الجمع بين الاخبار،لشيوع هذا الاستعمال فى الكلام.

و من أخبار المسأله ما رواه

المشايخ الثلاثه فى الصحيح عن يعقوب بن شعيب (۱)عن أبى عبد الله(عليه السلام) قال:

«سألته عن الرجل يكون له على الأخر مأه كر تمر و له نخل فيأتيه فيقول أعطنى نخلك هذا بما عليك فكأنه كرهه». و المراد تمر نخلك و ظاهر هذا الخبر كراهه بيع الثمره بجنسها من غير المبيع.

و يمكن حينئذ الجمع بين الاخبار بتخصيص التحريم بما كان من المبيع، و الجواز على كراهه بما كان من غيره،و يحمل النهى فى روايتى عبد الرحمن على ما هو الأعم من التحريم أو الكراهه،و ليس فيه الا ما ربما يقال من عدم جواز استعمال المشترك فى معنييه،و هو و ان اشتهر بينهم الا أنه فى الاخبار كثير شائع،كما نبهنا عليه فى جمله من المواضع فى كتاب العبادات،و قد نقلنا ثمه عن الذكرى أيضا جواز ذلك.

و من أخبار المسأله ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الحسن عن الحلبى (۲)عن أبى عبد الله(عليه السلام)فى حديث قال:

«لا بأس أن تشترى زرعا قد سنبل و بلغ بحنطه». و هذا الخبر كما ترى يدل على جواز المزابنه،و ان كان الثمن من

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۱۹۳ التهذيب ج ۷ ص ۱۲۵ الفقيه ج ۳ ص ۱۴۲.
۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۲۷۴ التهذيب ج ۷ ص ۱۴۲.

المبیع،نظرا إلی إطلاق الخبر،و قد تقدم مثله فی صحیحه إسماعیل بن الفضل الهاشمی (۱)الا أن یقید إطلاقه بالإجماع،و روایتی عبد الرحمن المتقدمین، و یمکن حمل النهی فی روایتی عبد الرحمن علی الکراهه جمعا کما احتمله فی الوافی أیضا.

الرابع [مستند تحریم المزابنه و المحاقله]

قد استند جمله من الأصحاب القائلین بالعموم الی لزوم الربا فی المعاملتین المذکورتین،و هو حرام،فیکون مستند التحریم هو لزوم الربا،لانه بیع ثمرتین ربویتین و هو مکیل،و الغالب التفاوت فیحصل شرط الربا،و لان بیع الربوی مشروط بالعلم بالمساواه،و معلوم انها غیر ظاهره هنا،و فیه ان الثمره ما دامت علی النخل و الحنطه فی الزرع لیس بمکیل،لانه لا تباع کیلا و انما تباع بالمشاهده.

و قد عرفت من الروایات المتقدمه جواز البیع بالجنس الذی من غیر المبیع و هو ظاهر فی عدم الربا فی الصوره المذکوره،بل صرح فی روایه الکنانی بذلک،حیث انها دلت علی ان ربیعه الرأی جعل ذلک رأیا،و قد کذبه (علیه السلام)بتقریره الراوی علی ما قاله،و قوله له صدقت،و أجاب عنه فی المختلف بضعف السند،قال:لأن فی طریقه الحسن بن محمد بن سماعه،و هو ضعیف، سلمنا لکن لا دلاله فیه علی البیع،بل هو دال علی نوع من الصلح و الاستیفاء، و نحن نقول بجوازه.

و فیه ان الرجل المذکور و ان کان واقفیا الا انه ثقه،فحدیثه فی الموثق و هو یعمل به فی غیر موضع،و الحمل علی الصلح قد عرفت ما فیه.

الخامس [اختلاف العبارات و النصوص فی التعبیر عن المبیع فی المحاقله]

-قد اختلفت عبائر الأصحاب(رضوان الله علیهم)و کذا النصوص فی التعبیر عن المبیع فی المحاقله،ففی بعض عبر بالزرع،و فی آخر بالسنبل،

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۲۰۵.

و الظاهر ان مراد من عبر بالأول انما هو مع وجود الحب،بان تكون سنبلا،فيرجع الى الثانى لأنه قبل انعقاد الحب علف يجوز بيعه بكل شيء.

و لهذا قال فى المسالک بعد نقل مثل ذلک:و يظهر من كلامهم الاتفاق على ان المراد به السنبل و ان عبروا بالأعم،و قال فى التذكره لو باع الزرع قبل ظهور الحب بالحب فلا بأس،لأنه حشيش،و هو غير مطعوم و لا مكيل،سواء تساويا جنسا أو اختلفا،و لا يشترط التقابض فى الحال.انتهى.

ثم انه على تقدير التعبير بالسنبل فهل المراد منه الحنطه بالخصوص،أو ما هو أعم منها و من الشعير و الدخن و الأرز و غيرها؟فيدخل الجميع فى المحاقله إشكال،و بعض تعاريف الأصحاب للمحاقله بأنها بيع السنبل بحب منه أو من غيره يعطى العموم،و بعض تعاريفها بأنها الحنطه فى سنبله بحنطه اما منها أو من غيرها يعطى التخصيص،و ظاهره فى التذكره ان أكثر تعاريف الأصحاب من هذا القبيل و على هذا يدخل فيه الشعير ان جعلناه من جنس الحنطه كما تقدم بيانه سابقا،و علل المنع بالربا،و الا فلا (١).

أقول:و الذى يظهر من روايتى عبد الرحمن المتقدمتين حيث ان الاولى تضمنت تفسير المزابنه ببيع الزرع بالحنطه،و الثانيه السنبل بالحنطه-و هى و ان سميت فى الخبرين بالمزابنه الا أنها هى المحاقله عند الأصحاب-هو التخصيص بالحنطه دون غيرها من افراد الحبوب،و ليس غير هاتين الروايتين فى الباب فإلحاق ما ذكروه من الافراد بالحنطه مشكل.

ص :٣٥٦

١- ١) قال فى التذكره ان أكثر تفاسير المحاقله انها بيع الحنطه فى السنبل بحنطه اما منها أو من غيرها،فيختص بالحنطه و يدخل فيه الشعير ان جعلناه من جنس الحنطه أو عللنا المنع بالربا،و الا فلا-قال:و فى بعض ألفاظ علمائنا هى بيع الزرع بالحب من جنسه،فيكون ذلک محاقلا.انتهى منه رحمه الله.

نعم من علل بالربا فیمکن الإلحاق إلا انک قد عرفت ما فیه.

السادس هل ینسحب حکم النخل الی غیره من ثمار أشجار الفواکه و غیرها؟

قولان:و الأقرب العدم،و الوجه فیه ان ما ورد فی الاخبار و کلامی متقدمی الأصحاب فی تعریف المزابنه یقتضی التخصیص بالنخل،فیبقی غیره علی عموم الجواز اقتصارا فیما خالف الأصل علی موضع النص و الوفاق و بطلان القیاس.

و ذهب جمع منهم الشهید فی اللمعه و الدروس و الشهید الثانی فی المسالک -بل نقل أنه ظاهر الأکثر-إلی انسحاب الحکم فی غیر النخل من الشجر،مستندین فی ذلک الی أن عله النهی انما هی عدم الأمن من الربا،لانه بیع أحد المتجانسین بالاخر، و هما مکیلان أو موزونان،و احتمال المساواه فی الخرص نادر،فیحرم للتفاضل غالبا، مع أن العله منصوصه فی المنع من بیع الرطب بالتمر،و هی نقصانه عند الجفاف، و هی قائمه فیما نحن فیه،و قد عرفت الجواب عن ذلک.

نعم یبقی الکلام فی العله المنصوصه فی المنع من بیع الرطب بالتمر،و هی نقصانه عند الجفاف،فإنها قائمه هنا،فمن ترجح عنده العمل بالعله المنصوصه یعدی الحکم إلی المساوی فی العله المذکوره،الا أن العمل بالعله المنصوصه محل کلام، قد تقدم تحقیقه فی مقدمات الکتاب فی صدر کتاب الطهاره (۱)و الله العالم.

المسأله الخامسه [استثناء العریه من حکم المزابنه]

اشاره

-قد اتفق القائلون بالعموم فی المزابنه علی استثناء العریه، و هی النخله تکون للإنسان فی دار رجل آخر،و قال أهل اللغه و جمله من المتقدمین:

أو بستانه،و استحسنه جمله من المتأخرین،بل قال فی المسالک:أنه متفق علیه، فیجوز بیعها بخرصها تمرا من غیرها،و فی جوازه مع کونه التمر منها إشکال یأتی التنبیه علیه.

و أنت خبیر بأنه علی ما اخترناه من تفسیر المزابنه ببیع ثمره النحل بتمر

۱- ۱) ج ۱ ص ۶۳.

منها،و أنه هو المحرم،فلا معنى لهذا الاستثناء،بل يكون الروايه الداله على الجواز فى العريه-من قبيل الاخبار التى قدمناها-داله على جواز بيع الثمره النخل بتمر من غيرها،و لكن اشتهر هذا الاستثناء لشهره القول بالعموم بين الخاصه و العامه.

و الأصل فى العريه ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن السكونى (۱)عن أبى عبد الله(عليه السلام) قال:

«رخص رسول الله(صلى الله عليه و آله)فى العريا أن تشتريها بخرصها تمرا ثم قال:و العرايا جمع عريه،و هى النخله تكون للرجل فى دار رجل آخر فيجوز له أن يبيعها بخرصها تمرا و لا يجوز ذلك فى غيره».

و ما رواه

الصدوق فى كتاب معانى الاخبار عن محمد بن هارون الزنجانى عن على بن عبد العزيز عن القاسم بن سلام بإسناد متصل إلى النبى(صلى الله عليه و آله)

أنه رخص فى العرايا،واحدتها عريه و هى النخله التى يعريها صاحبها رجلا محتاجا، و الإعراء أن يبتاع تلك النخله من المعرا بتمر لموضع حاجته،قال:و كان النبى (صلى الله عليه و آله)إذا بعث الخراص قال:خففوا الخرص فان فى المال العريه و الوصيه (۲)».

أقول:و الروايتان المذكورتان فى طريقهما رجال العامه،و الحكم بالعموم فى المزابنه و استثناء العريه منه مذهب العامه،الا أن الحكم أيضا فى الموضعين مشهور بين أصحابنا على ما تقدم من الخلاف فى الأول،و قوله فى الخبر الأول«و لا يجوز ذلك فى غيره»يحتمل أن يكون المراد:أى فى غير ما يكون فى دار رجل آخر، و على هذا ففيه دلاله على ضعف ما تقدم نقله عنهم من اضافه البستان الى الدار، و يحتمل أن يكون المراد:أى غير النخل إذا كان فى دار رجل آخر،و على هذا ففيه دلاله على اختصاص العريه بالنخل دون غيره من الشجر،و الظاهر أنه موضع اتفاق،

[فوائد]

اشاره

و تمام تحقيق الكلام فى المقام يتوقف على بسطه فى فوائد.

ص :۳۵۸

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۲۷۵ التهذيب ج ۷ ص ۱۴۳.

۲- ۲) الوسائل الباب-۱۳-من أبواب بيع الثمار الرقم-۵.

الاولی [فی شروط بیع العریه]

-قد شرطوا فی بیع العریه شروطا أحدها-کون البیع علی ذی الدار و البستان لا علی غیرهما،و ثانیها-کونها واحده فی کل بستان أو دار، فلو کان لمالک واحد اثنتان فی دار أو بستان،لم یجز بیع ثمرتهما و لا ثمره أحدهما، لعدم صدق العریه فی هذه الصوره نعم لو تعددت الدار أو البستان جاز تعددها من الواحد.

و ثالثها-و الخرص و التخمین فی ثمره النخله،کما دل علیه الخبر.

رابعها-عدم التفاضل وقت العقد،لظاهر الخبر الدال علی اعتبار المساواه و لزوم الربا مع التفاضل،و لأن الأصل المنع الا فیما دل علیه النص المذکور، و لا یضر ذلک بعد الجفاف لإطلاق الخبر.

و خامسها-أن یکون الثمن حالا فلا یجوز تأجیله،و ان لم یقبض فی المجلس، خلافا للشیخ فی المبسوط حیث شرط التقابض (۱)و هو ضعیف.

و سادسها-کون الثمره علی رأس النخله فلو قطعت لم یجز بیعها الا کغیرها من الموزون و المکیل.

أقول:و الظاهر الاستغناء عن هذا الشرط،لان فرض المسأله فی العریه، و هی التی تباع ثمرتها بالخرص،و هو ظاهر.

و سابعها-کون الثمن من ثمره النخل،و فیه ما فی سابقه من انه مستغنی عنه

۱- ۱) قال فی المبسوط:شرط بیع العریه أمران،أحدهما المماثله من طریق الخرص بین ثمره النخله عند صیرورتها تمرا و بین التمر الذی هو الثمن،و الثانی التقابض قبل التفرق و قال ابن إدریس لا یشترط التقابض نعم یشترط الحلول.احتج الشیخ بأن ما فیه الربا لا یجوز التصرف فیه قبل التقابض و منع ابن إدریس ذلک إلا فی الصرف،قال فی المختلف:و هو الأقوی.لنا الأصل عدم الاشتراط.انتهی.أقول: الأمر الأول فی عبارته إشاره إلی الشرط الرابع الذی ذکرناه منه رحمه الله.

ایضا،لما عرفت فی تعریف العریه.

و ثامنها-کون الثمن من غیرها قال فی المسالک:و هو المعروف فی المـذهب،و نقل فی المختلف عن ابن حمزه ان ظاهر کلامه تحریم العریه بتمر منهـا،بـل یجوز بغیرهـا،ثم قـال:و لاـ بـأس به،و الاـ لزم ان یکون الثمن و المثمن واحـد،ثم احتمل الجواز عملا بإطلاق الاذن،و لوجود المقتضی و هو الرخصه انتهی (۱)و هو جید فان قوله فی الخبر«یبیعها بخرصها تمرا»متناول لموضع النزاع، أو هو أعم من کونه منها أو من غیرها،و لهذا یظهر من المحقق الأردبیلی المیل الی ذلک لو صح النص الوارد فی المسأله.

الثانیه [الخلاف فی موضع النخله هنا]

-قـد عرفت ان مورد الخبر الأول بالنسـبه إلی موضع النخله انما هو الدار و الأصـحاب کما تقدم ألحقوا البسـتان أیضا و هو محل اشکال،و ان کان ظاهرهم الاتفاق علی ذلک،کما یشعر به کلامه فی المسالک.

نعم خبر کتاب معانی الأخبار مطلق،فیمکن الاستناد إلی إطلاقه فی ذلک، ثم انهم صرحوا بان المراد بالدار أو البستان ما هو أعم من المملوک و المستأجر و المستعار،لصدق الإضافه فی الجمیع،و زاد فی المسالک اشتراک الجمیع فی العله،و هی مشقه دخول الغیر علیهم.

أقول:هـذا التعلیـل الأـخیر انما یتم فی الـدار دون البسـتان،کما هو ظاهر، و فیه نوع تأییـد لما قـدمناه من الاقتصار فی الحکم علی الدار،و یؤید أنه حکم

۱- ۱) قال:و لو وجدت صـحیحه صریحه لجاز الاستثناء من المزابنه بالمعنی الذی قلناه أیضا تعبدا،و لکن ما رأیتها،فلا یجوز هذا الاستثناء الأعلی المعنی العام القائل به العامه الذین هم أصل هذه المسأله.انتهی أقول و المراد بالمعنی الذی قاله هو ما اختاره من تفسیر المزابنه بالمعنی الأخص-منه رحمه الله.

على خلاف الأصل فيقتصر فيه على القدر المتحقق.

الثالثه [عدم وجوب التماثل فی الخرص بين ثمرتها بعد الجفاف و ثمنها]

-إطلاق النص و الفتوى يقتضى أنه لا يجب التماثل فى الخرص بين ثمرتها بعد الجفاف و ثمنها،بمعنى أنه لا يجب مطابقه ثمرتها جافه للتمر بل المعتبر فى الجواز بيعها بظن الخارص و تخمينه لها تمرا،يعنى أن ما فيها من البسر و الرطب إذا جف يبلغ هذا القدر تمرا فتباع ثمرتها بهذا المقدار تمرا من غيرها أو منها مع الاحتمال المتقدم،و لا يجب مطابقه هذا التقدير الثمره بعد الجفاف،بحيث أنه لو زادت أو نقصت عن ذلک بطل البيع،بل البيع صحيح،و ان لم تحصل المطابقه و قيل:يعتبر المطابقه فلو اختلفا تبين بطلان البيع،و الظاهر ضعفه لإطلاق النص بما ذكرناه،و يأتى على هذا القول أنه لا يجوز التصرف فى ثمره التخله بالأكل و نحوه،حتى يستعلم المطابقه و عدمها بالجفاف،و إطلاق النص بدفعه، هذا هو المشهور فى معنى عدم وجوب المماثله بين ثمرتها و ثمنها.

و قال العلامه فى التذكره:ان المعتبر المماثله بين ما عليها رطبا،و بين الثمن تمرا،فيكون بيع رطب بتمر متساويا،و جعل هذا مستثنى من بيع الرطب بالتمر متساويين.

الرابعه [عدم العريه فى غير النخل]

الظاهر أنه لا خلاف فى عدم العريه فى غير النخل،بل نقل فى المسالک الاتفاق على ذلک،قال:و انما يظهر الفائده لو منعنا من بيع ثمر باقى الشجر بجنسه جافا كما هو المختار،و أما على ما ذهب اليه المصنف من الجواز،فمتى نفى العريه أنه لا خصوصيه لها حتى يتقيد بقيودها،بل يجوز بيع الثمره اتحد الشجر أم تعدد،فى الدار و غيرها بجنس ثمرها متماثلا انتهى.و ملخصه أن العريه كما عرفت مستثناه من المزابنه،و الاستثناء انما يتجه على القول بالعموم فى المزابنه للنخل و غيره،كما اختاره(قدس سره)و قبله الشهيد حسبما قدمنا ذكره و الله العالم.

المسأله السادسه [فى القباله]

-لو كان بين اثنين أو أكثر نخل أو شجر فيتقبل بعضهم

بحصه الباقين بشیء معلوم کان جائزا،و لیس هذا من قبیل البیع،و انما هی معاوضه مخصوصه تسمی بالقباله و هی مستثناه من المزابنه و المحاقله.

و الأصل فیها جمله من الاخبار،منها ما رواه

المشایخ الثلاثه(عطر الله مراقدهم) بطرق عدیده فیها الصحیح و غیره،عن یعقوب بن شعیب (۱)عن ابی عبد الله (علیه السلام) قال:

«سألته عن الرجلین یکون بینهما النخل،فیقول أحدهما لصاحبه اما ان تأخذ هذا النخل بکذا و کذا کیلا مسمی أو تعطینی نصف هذا الکیل زاد أو نقص،و اما ان آخذه انا بذلک؟و أرده علیک قال:لا بأس بذلک»و فی بعض روایات الخبر بحذف«و أرد علیک».

و ما رواه

فی الکافی.فی الصحیح أو الحسن عن الحلبی (۲)

«قال أخبرنی أبو عبد الله(علیه السلام)ان أباه(علیه السلام)حدثه ان رسول الله(صلی الله علیه و آله) اعطی خیبرا بالنصف أرضها و نخلها فلما أدرکت الثمره بعث عبد الله بن رواحه،فقوم علیهم قیمه،فقال لهم:اما ان تأخذوه و تعطونی نصف الثمن،و اما ان أعطیکم نصف الثمن و آخذه،فقالوا بهذا قامت السموات و الأرض». و فی التهذیب عوض«الثمن»فی الموضعین«الثمره»و الظاهر ان ما فی التهذیب هو الأقرب قال فی الوافی بعد ذکر ذلک:و الثمن أوفق للقیمه،و الثمره انسب بالخرص، کما یأتی.

و عن ابی الصباح الکنانی (۳)فی الصحیح قال:

«سمعت أبا عبد الله(علیه السلام) یقول:ان النبی(صلی الله علیه و آله)لما افتتح خیبر ترکها فی أیدیهم علی النصف فلما بلغت الثمره بعث عبد الله بن رواحه إلیهم فخرص علیهم فجاؤوا إلی النبی

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۹۳ مع اختلاف یسیر التهذیب ج ۷ ص ۹۱ الفقیه ج ۳ ص ۱۴۲.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۶۶ التهذیب ج ۷ ص ۱۹۳.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۲۶۷.

(صلى الله عليه و آله)فقالوا له:قد زاد علينا فأرسل الى عبد الله بن رواحه فقال:

ما يقول هؤلاء فقال:قد خرصت عليهم بشيء فإن شاؤوا يأخذون بما خرصنا و ان شاؤوا أخذنا،فقال رجل من اليهود:بهذا قامت السموات و الأرض».

و الظاهر أن ما اشتملت عليه هذه الروايات بالدخول تحت الصلح أنسب، و بذلك صرح في الدروس:قال في المسالك:و ظاهر الأصحاب ان الصيغه تكون بلفظ القباله،و ان لها حكما خاصا زائدا على البيع و الصلح،بكون الثمن و المثمن واحدا و عدم ثبوت الربا زاد أو نقص،و وقوعه بلفظ التقبيل،و هو خارج عن صيغتي العقدين و في الدروس أنه نوع من الصلح،و لا دليل عليه،كما لا دليل على ايقاعه بلفظ التقبيل أو اختصاصه به،و انما المعلوم من الروايه أنه معامله على الثمره، و انه لازم بحيث يملك المتقبل الزائد،و يلزمه لو نقص.انتهى.

أقول:اما نفي البيع عن هذه المعامله فظاهر لما ذكره،و اما نفي الصلح فغير ظاهر،لانه لا ينحصر في لفظ الصلح و ان اشتهر ذلك بينهم،بل يصح ذلك بأى لفظ أفاد فائدته،و مرجع هذه المعامله إلى التراضي بين الشريكين بأن يأخذ كل منهما نصف ذلك المشترك مثلا،بمعنى ان ما يستحقه أحد الشريكين في ذلك النصف الذى لشريكه،عوض ما يستحقه الأخر في النصف الأخر،و هذا هو الصلح بلا اشكال، و الربا مخصوص بالبيع كما تقدم،فلا يضر في هذه المعامله و نحوها.

ثم ان جمله من الأصحاب-منهم العلامه في الإرشاد و الشهيد في الدروس قيدوا هذه المعامله بشرط السلامه،قال المحقق الأردبيلي(قدس سره)في شرح الإرشاد في شرح قول المصنف«و التقييد بشرط السلامه»ما لفظه:ظاهر المتن أنه مشروط لزومه بالسلامه من الافه،فلو نقص بها له أن لا يعطى إلا حصه الشريك مما حصل،و ان زاد فالزياده له،و يحتمل أن يكون المراد بالشرط عدم الافه،بحيث تذهب بالكليه (1)

١- ١) قال:و يجوز تقبيل الشريك بحصه صاحبه من الثمره بخرص معلوم و ان كان منها،و هو نوع من الصلح لا بيع،و قراره مشروط بالسلامه.انتهى و ظاهره انه لو هلكت الثمره بأجمعها فلا شيء على المتقبل و دليله غير واضح،بل ظاهر إطلاق الاخبار الوارده في المسأله خلاف ذلك لما ذكرناه في الأصل-منه رحمه الله.

و هو بعيد،و الظاهر أن المراد الأعم،لكن لا يشمل النقص الذى حصل من التخمين و الغلط فيه،مع انه محتمل،و يحتمل ان يكون السلامه كنايه عن الموافقه من غير زياده و نقصان،فيكون النقص و الزياده مشتركا بينهما و الظاهر من الروايه هو اللزوم مطلقا،فكأنه راجع الى معامله تكون بحسب الطالع النقص و الزياده سواء بسواء،انتهى،و ما ذكره من الظاهر من الروايه هو الظاهر الذى يقتضيه إطلاق النصوص المتقدمه.

و أورد ابن إدريس على أصل الحكم بأن هذا التقبيل ان كان بيعا لم يصح، لكونه مزابنه،و ان كان صلحا لم يصح،لكون العوض مشروطا من نفس الثمره للغرر و ان كان فى الذمه فهو لازم،سواء بقيت الثمره أو تلفت.

و أجيب بالتزام كونه صلحا و الغرر محتمل للنص،و حينئذ فإذا تلف منه شىء يلزم تلف بعض العوض المشروط،فإذا لم يتحقق ضمانه لم يجب العوض، و أجيب أيضا بالتزام انه ليس بصلح و لا بيع،بل هو معامله خاصه ورد بها النص فلا يسمع ما يرد على طرفى الاحتمال لخروجها عنهما.

أقول:و الجواب الثانى لا يخلو من قوه و ان كان الأول أيضا بالتقريب الذى قدمناه ممكن،و الله العالم.

المسأله السابعه [جواز بيع الزرع قائما على أصوله]

-المشهور انه يجوز بيع الزرع قائما على أصوله،سواء بلغ الحصاد أم لا،أو قصد قصله أم لا،لانه عين مملوكه قابله للنقل،و نقل عن الصدوق المنع الا ان يكون سنبلا أو قصد قطعه،و كذا يجوز بيعه محصودا و ان لم يعلم

قدر ما فيه،لأنه حينئذ غير موزون و مكيل،فيكفى فيه المشاهده،و كذا يجوز بيعه قصيلا اى يباع بشرط القطع،لعلف الدواب و نحوه،و حينئذ فإذا باعه كذلك وجب على المشترى قصله حسب الشرط،فلو يقصله تخير البائع بين قصله و تفريغ أرضه منه،لانه ظالم«و لا عرق لظالم» (۱)و بين تركه و المطالبه بأجره الأرض عن المده التى بقى فيها بعد إمكان قصله مع الإطلاق،أو المده التى تراضيا على اشتراطها للقصل مع التعيين.

و لو وقع الشراء لأجل الفصل قبل أو ان قصله،وجب على البائع الصبر إلى أوانه مع الإطلاق،أو الى المده المعينه ان وقع التعيين،و مقتضى إطلاق كلام الأكثر جواز تولى البائع القطع مع امتناع المشترى،و وجوبه عليه و ان قدر على الحاكم،و رجح بعضهم توقفه على اذن الحاكم،حيث يمتنع المشترى ان أمكن وجود الحاكم،و الا جاز له مباشره القطع دفعا للضرر،أو إبقاؤه و المطالبه بأجره الأرض كما تقدم.

و الذى وقفت عليه من الاخبار فى هذا المقام ما رواه

ثقه الإسلام و الشيخ فى الصحيح أو الحسن عن الحلبى (۲)عن ابى عبد الله(عليه السلام)قال:

لا بأس بأن تشترى زرعا أخضر ثم تتركه حتى تحصده إن شئت أو تعلقه من قبل ان يسنبل و هو حشيش،و قال:لا بأس ايضا ان تشترى زرعا قد سنبل و بلغ بحنطه».

و عن حريز عن بكير بن أعين (۳)قال:

«قلت لأبى عبد الله(عليه السلام)أ يحل شراء الزرع الأخضر؟قال:نعم لا بأس به».

و بالإسناد عن حريز عن زراره (۴)مثله،

«و قال:لا بأس ان اشترى الزرع

۱- ۱) المستدرک ج ۳ ص ۱۴۹.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۷۴ التهذیب ج ۷ ص ۱۴۲.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۲۷۴ التهذیب ج ۷ ص ۱۴۳.
۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۲۷۴ التهذیب ج ۷ ص ۱۴۳.

أو القصيل أخضر ثم تتركه إن شئت حتى يسنبل ثم تحصده،و ان شئت ان تعلف دابتك قصيلا فلا بأس به قبل ان يسنبل،فاما إذا سنبل فلا تعلفه رأسا فإنه فساد». أقول:رأسا يعنى حيوانا.

و عن زراره (۱)عن ابى عبد الله(عليه السلام)

«فى زرع بيع و هو حشيش ثم سنبل؟قال:لا بأس إذا قال:ابتاع منك ما يخرج من هذا الزرع،فإذا اشتراه و هو حشيش فان شاء أعفاه،و ان شاء تربص به».

و ما رواه

فى التهذيب عن سليمان بن خالد (۲)عن ابى عبد الله(عليه السلام) قال:

«لا بأس بأن تشترى زرعا أخضر،فان شئت تركته حتى تحصده،و ان شئت بعته حشيشا».

و ما رواه

المشايخ الثلاثه(نور الله تعالى مراقدهم)عن سماعه (۳)فى الموثق قال:

«سألته عن شراء القصيل يشتريه الرجل فلا يقصله و يبدو له فى تركه حتى يخرج سنبله شعيرا أو حنطه،و قد اشتراه من أصله«على أن ما به من خراج فهو على العلج» فقال:ان كان اشترط حين اشتراه ان شاء قطعه و ان شاء تركه،كما هو حتى يكون سنبلا،و الا فلا ينبغى له أن يتركه حتى يكون سنبلا».

أقول:فى قوله«على أن ما به من خراج فهو على العلج»اختلافات فى الكتب الأربعه و ما هنا فى التهذيب و فى الاستبصار«على أربابه خراج أو هو على العلج» و فى الكافى«على أربابه فهو على العلج»و فى الفقيه.و ما كان على أربابه من خراج فهو على العلج،و المعانى متقاربه و مرجع الجميع إلى أنه اشتراه على أن يكون الخراج على البائع،دون المشترى فان الزراع و الأكره كانوا يومئذ من كفار

ص: ۳۶۶

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۲۷۵.

۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۱۴۴.

۳- ۳) الكافى ج ۵ ص ۲۷۵ و لكن فيه«على أن ما به من خراج على العلج» التهذيب ج ۷ ص ۱۴۲ الفقيه ج ۳ ص ۱۴۸.

العجم،و هم المعروفون بالعلوج.

و روى هذا الخبر أيضا

فى الكافى.و التهذيب بسند صحيح إلى سماعه (۱)و زاد فيه

«فان فعل فان عليه طسقه و نفقته،و له ما خرج منه».

و ما رواه

المشايخ الثلاثه عن سماعه (۲)فى الموثق قال:

«سألته عن رجل زرع زرعا مسلما كان أو معاهدا و أنفقه فيه نفقه،ثم بدا له فى بيعه لنقله ينتقل من مكانه أو لحاجه،قال:يشتريه بالورق فإن أصله طعام».

و ما رواه

فى التهذيب.عن معلى بن خنيس (۳)قال:

«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام)اشترى الزرع فقال:إذا كان قدر شبر».

و عن معاويه بن عمار (۴)فى الموثق قال:

«سمعت أبا عبد الله(عليه السلام) يقول:لا تشترى الزرع ما لم يسنبل فإذا كنت تشترى أصله فلا بأس بذلك أو ابتعت نخلا فابتعت أصله و لم يكن فيه حمل لم يكن به بأس».

و ما رواه

فى الفقيه.عن أبى بصير (۵)عن ابى عبد الله(عليه السلام) قال:

«سألته عن الحنطه و الشعير أشترى زرعه قبل أن يسنبل و هو حشيش؟قال:

لا،الا ان تشتريه لقصيل تعلفه الدواب ثم تتركه ان شاء حتى يسنبل».

و ما رواه

فى الكافى،و التهذيب عن إسماعيل بن الفضل (۶)قال:

«سألت أبا عبد الله(عليه السلام)عن بيع حصائد الحنطه و الشعير و سائر الحصائد قال:

حلال فلیبعه ان شاء».

و الکلام فی هذه الاخبار یقع فی مواضع الأول ظاهر أکثر هذه الاخبار الدلاله علی صحه ما هو المشهور بین الأصحاب مما قدمنا نقله عنهم،و الظاهر

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۷۵ التهذیب ج ۷ ص ۱۴۲.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۷۵ التهذیب ج ۷ ص ۱۴۳.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۱۴۴.

۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۱۴۴.

۵- ۵) الفقیه ج ۳ ص ۱۴۹.

۶- ۶) الکافی ج ۵ ص ۲۷۷ التهذیب ج ۷ ص ۱۴۱.

أن مستند الصدوق فيما تقدم نقله عنه هو روايه أبى بصير المذكوره،حيث انها دلت على النهى عن شراء الزرع قبل أن يسنبل الا أن تشتريه للقصل،فإنه يجوز و ان تركه بعد ذلك حتى يسنبل،و أنت خبير بأنها معارضه بجمله مما تقدم من اخبار المسأله،مثل صحيحه الحلبى أو حسنته،و روايه بكير بن أعين و روايه زراره الاولى و الثانيه و نحوها،فإنها قد اشتركت فى الدلاله على جواز الشراء قبل أن يسنبل،و ان لم يقصد قصله،بل ظاهر صحيحه الحلبى أو حسنته تجويز شرائه بقصد بقائه حتى يحصد، أو بقصد قطعه لعلف الدواب.

و بالجمله فإن الظاهر هو القول المشهور،و الروايه المذكوره لا تبلغ قوه فى معارضه ما ذكرنا من الاخبار،و لم أقف على من تعرض للجواب عنها،بل قل من نقل خلاف الصدوق فى هذا المقام،و لا يحضرنى الان وجه للجواب عن الروايه المذكوره،إلا الحمل على الكراهه،بناء على قواعد الأصحاب فى هذا الباب.

الثانى-ما دل عليه موثقه سماعه الأول-من أنه متى اشتراه قصيلا ثم يبدو له فى تركه حتى يخرج سنبله،فإنه لا يجوز ذلك الا أن يكون اشترط الإبقاء،أو الاختيار بين قطعه و إبقائه،و الا فلا يجوز له أن يتركه-هو مستند الأصحاب فيما قدمنا نقله عنهم من أنه متى بيع لأجل القصل فإنه يجب إزالته على الوجه المتقدم،مضافا الى الاخبار العامه فى منع التعدى و التصرف فى ملك الغير بغير الوجه المشروع.

و أما الرضا بذلك و أخذ الأجره على بقائه تلك المده فيستفاد من أدله آخر فى أمثاله،و لفظ لا ينبغى فى الخبر المذكور مراد به التحريم،كما هو شائع الاستعمال فى الاخبار.

الثالث-ما دل عليه موثق معاويه بن عمار من النهى عن شراء الزرع ما لم

يسنبل ربما أوهم مذهب الصدوق المتقدم ذكره،و ليس كذلك،بل المراد بالزرع فيه انما هو الحاصل،و قد تقدم أنه لا يجوز بيعه قبل بدو صلاحه،و أما إذا اشترى أصله يعنى ما ظهر منه فلا بأس،لكن لا بد من اشتراط إبقائه على البائع، و صحه البيع فى هذه الصوره مما لا اشكال فيها،لان المبيع موجود مشاهد،و ما يحصل منه تابع.

و قيل ان المراد بأصل فى قوله«فإذا كنت تشترى أصله»انما هو البذر المزروع و فى ذكر مثال النخل إشاره الى ذلك،بمعنى ان شراء البذر المزروع مثل شراء النخل فى تبعيه الحاصل للأصل.أقول:و كيف كان فلا بد من اشتراط البقاء ليترتب عليه أخذ الحاصل.

الرابع-ما دل عليه خبر إسماعيل بن الفضل من صحه بيع حصائد الحنطه و الشعير،يمكن أن يكون مستندا لما تقدم نقله عنهم من أنه يجوز بيع الزرع محصودا و ان لم يعلم قدر ما فيه،لانه على تلك الحال ليس بمكيل و لا موزون، و ما دل عليه من جواز بيعه بحنطه أو شعير منه-و هى المزابنه المنهى عنها،الا أن يخصص بما دل على المنع،و قد عرفت مما تقدم فى المسأله و اختلاف الاخبار فيها ما فى ذلك من الاشكال.

الخامس-ما دلت عليه موثقه سماعه الثانيه من الأمر بشراء الزرع بالورق، معللا بأن أصله الطعام-إشاره إلى حصول الربا المعنوى-ينبغى حمله على ما إذا سنبل و بدا صلاحه،لانه قبل ذلك حشيش لا مانع من بيعه بأى شىء كان،كما تقدم ذكره فى الموضع الخامس من المسأله الرابعه،و حينئذ فلا بد من حمله على المحاقله، و هو بيع السنبل بحنطه منه أو من غيره،و أنه لا يباع الا بالورق و نحوه،لئلا يكون محاقله.

إلا أنك قد عرفت ورود جواز ذلك فى النصوص،و منها هنا قوله فى آخر صحيح الحلبى أو حسنته«و لا بأس بأن يشترى زرعا قد سنبل بحنطه»و قوله فى روايه

إسماعيل بن الفضل«فى حصائد الحنطه أو الشعير فليبعه بما شاء»الا أن يخصص المحاقله المحرمه بما إذا كان الحنطه من ذلك الزرع المبيع،و تحمل هذه الاخبار على ما إذا كان من غيره،أو يحمل هذا الخبر و نحوه على الكراهه جمعا،و قد تقدم تحقيق القول فى ذلك.

السادس-ينبغى أن يعلم أن ما ذكر فى شراء الزرع قصيلا يجرى أيضا فيما لو اشترى نخلا-بشرط القطع ثم لم يقطعه حتى أثمر،فإن الأحكام المتقدمه جاريه فيه.

و الى ذلك يشير قوله فى موثق معاويه بن عمار«أو ابتعت نخلا فابتعته أصله و لم يكن فيه حمل».

و من الاخبار الوارده فى خصوص النخل ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن هارون ابن حمزه (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله(عليه السلام)الرجل يشترى النخل ليقطعه للجذوع فيغيب الرجل و يدع النخل كهيئه لم يقطع،فيقدم الرجل و قد حمل النخل، فقال:له الحمل يصنع به ما شاء الا أن يكون صاحب النخل كان يسقيه و يقوم عليه».

و رواه الكلينى مثله،

و عن هارون بن حمزه فى الموثق (۲)قال:

«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام):الرجل يشترى النخل ليقطعه للجذوع فيدعه فيحمل النخل،قال:

هو له الا ان يكون صاحب الأرض سقاه و قام عليه».

و روى فى الفقيه (۳)مرسلا قال:

«سأله سماعه أن اشترى رجل نخلا ليقطعه»الحديث.

و بمضمون هذه الاخبار قال الشيخ فى النهايه.فقال:إذا اشترى نخلا-على أن يقطعه أجذاعا فتركه حتى أثمر،فثمرته له دون صاحب الأرض،و ان كان صاحب الأرض ممن قام بسقيه و مراعاته كان له أجره المثل،و تبعه ابن البراج و هو قول

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۲۹۷ التهذيب ج ۷ ص ۲۰۶.
۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۹۰.
۳- ۳) الفقيه ج ۳ ص ۱۵۰ مع تفاوت يسير.

ابن الجنید أیضا،و أبی جعفر بن بابویه فی المقنع،و قال:ابن إدریس لا یستحق صاحب الأرض أجره علی السقی و المراعاه،لأنه متبرع بذلک،الا أن یأمره صاحب النخل،فیکون له أجره المثل و تبعه علی ذلک من تأخر عنه،لأنه الا وفق بالقواعد الشرعیه،و لهذا انه اعتذر فی المختلف.للشیخ-بعد استدل له بالروایه الأولی- بأنه لیس فی کلام الشیخ و لا الروایه ذکر التبرع،فیحمل علی ما إذا کان العمل بإذنه، أو تحمل الأجره علی أجره الأرض لا العمل.انتهی.

قال:بعض مشایخنا المحققین من متأخری المتأخرین (۱)و لعل عدم ذکر الأجره هنا لانه کان للمالک أن یقطع النخل،فلما یقطعه فکأنه رضی ببقائه مجانا، و المشهور بین الأصحاب استحقاق الأجره،انتهی.

و فیه أن رضاه ببقائه لعله انما هو لقصد أخذ الأجره،و تحصیل النفع بذلک، و من ثم کان المشهور الحکم باستحقاق الأجره کما تقله.

و ینبغی أن یعلم أن الجاری فی کلام الأصحاب ذکر مسأله جواز أکل المار بالثمار منها و عدمه فی هذا الموضع،و نحن قدمناها فی مسائل المقدمه الرابعه، و هی المسأله الخامسه منها،فلیرجع إلیها من أحب الوقوف علیها و الله العالم.

الفصل التاسع فی بیع الحیوان

اشاره

و تحقیق البحث فیه یتعلق بمن یصح تملکه و من لا یصح،و الأحکام المترتبه علی الابتیاع،و ما یلحق بذلک و یترتب علیه،فالکلام یقع هنا فی مقصدین.

[المقصد] الأول فیمن یصح تملکه و من لا یصح

اشاره

،و فیه مسائل

[المسأله] الأولی [فی أحکام بیع الحیوان]

-کل حیوان مملوک أناسی أو غیره یصح بیعه أجمع،و بیع جزء منه معلوم مشاع،کنصف

۱- ۱) و هو الأردبیلی،منه رحمه الله.

أو ثلث و نحوهما،لا معین کیده و رجله و نحوهما،و دلیل الأول-بعد الإجماع- العمومات و الأصل و ورود ذلک فی خصوص بعض الافراد و عدم المانع شرعا-، و دلیل الثانی-بعد الإجماع علی العدم-عدم إمکان الانتفاع بذلک الجزء المعین، إلا ما سیأتی-إنشاء الله تعالی-فی استثناء الرأس و الجلده من الحیوان الغیر الأناسی،و هو ظاهر-الا مع وجود مانع کالاستیلاد و الوقف و الإباق من غیر ضمیمه، و عدم القدره علی التسلیم،و الأناسی من الحیوان أن یملک بالسبی مع الکفر الأصلی و خرق الذمه ان کان ذمیا،و احترز بالکفر الأصلی عن کفر المرتد فإنه و ان کان بحکم الکافر فی جمله من الأحکام الا أنه لا یجوز سبیه، و فی جواز بیع المرتد الملی قول قواه فی الدروس.أما الفطری فلا قولا واحدا فیما أعلم.

و الذی وقفت علیه من الاخبار المتعلقه بهذا المقام ما رواه

فی الکافی فی الصحیح عن رفاعه النخاس (۱)قال:

«قلت لأبی الحسن(علیه السلام):ان الروم یغیرون علی الصقالبه فیسرقون أولادهم من الجواری و الغلمان فیعمدون الی الغلمان فیخصونهم ثم یبعثون بهم الی بغداد الی التجار فما تری فی شرائهم؟و نحن نعلم أنهم قد سرقوا و انما أغاروا علیهم من غیر حرب کانت بینهم؟فقال:لا بأس بشرائهم، إنما أخرجوهم من الشرک الی دار الإسلام». و رواه الشیخ مثله (۲)

و عن إبراهیم بن عبد الحمید (۳)

«عن أبی الحسن(علیه السلام)فی شراء الرومیات؟فقال:اشترهن و بعهن».

و عن زکریا بن آدم (۴)قال:

«سألت الرضا(علیه السلام)عن قوم من العدو الی أن قال-قال:و سألته عن سبی الدیلم یسرق بعضهم من بعض،و یغیر المسلمون

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۱۰.
۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۷۷.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۲۱۰.
۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۲۱۰.

علیهم بلا امام،أ یحل شراؤهم؟قال:إذا أقروا بالعبودیه فلا بأس بشرائهم».

و فی هذه الاخبار دلاله علی جواز شراء ما یسبیه الظالم من أهل الحرب و یسرقه».

و ما رواه

فی الکافی عن زکریا بن آدم (۱)عن الرضا(علیه السلام)فی حدیث قال:

«و سألته عن قوم من أهل الذمه أصابهم جوع فأتاه رجل بولده فقال:هذا لک فأطعمه و هو لک عبد،فقال:لا تبتع حرا فإنه لا یصلح لک و لا من أهل الذمه». و رواه الشیخ مثله (۲)و هو ظاهر فی تحریم استرقاق أهل الذمه متی کانوا قائمین شرائط الذمه.

و عن عبد الله اللحام (۳)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن رجل یشتری من رجل من أهل الشرک ابنته فیتخذها؟قال:لا بأس».

و بهذا الاسناد (۴)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن الرجل یشتری امرأه رجل من أهل الشرک یتخذها أم ولد فقال:لا بأس».

و خص الشیخ و غیره هذین الخبرین بأهل الحرب،کثیر من أصحابنا إنما عبروا فی هذا المقام بأهل الحرب.

و ینبغی أن یعلم انه لیس المراد بأهل الحرب یعنی من نصب القتال للمسلمین کما هو ظاهر اللفظ،بل المراد انما هو من خرج عن طاعه الله و رسوله بثبوته علی الکفر و ان لم یقع منه الحرب،بمعنی القتال.

قیل:و الی هذا المعنی أشار قوله تعالی (۵)«إِنَّمٰا جَزٰاءُ الَّذِینَ یُحٰارِبُونَ اللّٰهَ وَ رَسُولَهُ» الایه و حینئذ فلا فرق فی ذلک بین الذمی الغیر القائم بشرائط الذمه، و لا غیره من الکفار و المشرکین،و حیث یملکون بالسبی بما قد قدمنا ذکره،فإنه یسری الرق فی أعقابهم و ان أسلموا بعد الأسر،ما لم یعرض لهم سبب موجب للحریه

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۱۰.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۷۷.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۷۷.

۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۷۷.

۵- ۵) سوره المائده الآیه-۳۳.

من عتق أو كتابه أو تنكيل أو نحو ذلك،و لا خلاف فى ذلك نصا و فتوى!.

و المسبى فى حال الغيبه و ان كان للإمام خاصه،لأنه مغنوم بغير اذنه و كلما كان كذلك فهو من الأنفال،الا أنهم أذنوا للشيعه خاصه فى تملكه،و كذا فى غيره من أموال الأنفال و غيرها.

و أما غير الشيعه فالذى يفهم من كلام الأصحاب أنه يحكم لهم بظاهر الملك للشبهه كتملك الخراج و المقاسمه،فلا يؤخذ منه بغير رضاه مطلقا،و هذا الحكم منهم(رضوان الله عليهم)جار على الحكم بإسلامهم،و إجراء أحكام الإسلام عليهم و المفهوم من الاخبار خلافه،الا مع عروض الخوف و التقيه(و الله العالم).

المسأله الثانيه [فى أنه لا يستقر للرجل ملك أصوله و لا فروعه]

-الظاهر أنه لا خلاف فى أنه لا يستقر للرجل ملك أصوله و لا فروعه و لا المحارم من الإناث،بمعنى أنه و ان ملكهم الا أنهم ينعتقون عليه بالشراء و ربما عبروا بأنه لا يملكهم،و المراد ملكا مستقرا و الا فإن الانعتاق فرع الملك فكأنه يدخل فى الملك آنا ما بعد الشراء،ثم ينعتق،قيل:و لو لا مراعاه القاعده المشهوره من أنه لا عتق إلا فى ملك لأمكن الحكم بالعتق بنفس الشراء،كما هو ظاهر الاخبار،كذا ذكره بعض المحققين،و أنت خبير بأنه و ان كان ظاهر بعض الاخبار ما ذكره من أنه ينعتق بنفس الشراء،الا أن ظاهر بعض آخرها أيضا ترتب العتق على الملك،بمعنى أنه بالشراء،يملكه،و بالملك يحصل العتق،كما أشرنا إليه مثل

قوله (عليه السلام) (1)

«فى بعضها إذا ملك الرجل والديه أو أخته أو عمته عتقوا» الخبر.

و قوله (2)

«إذا ملكهن عتقن». و نحوهما غيرهما مما رتب فيه العتق على الملك لا على مجرد الشراء و حينئذ فيحمل ما أطلق من الاخبار على المقيد،و به يتم ما أشرنا اليه أو لا.

و المراد بأصول الرجل الأبوان و آبائهما و ان علوا،و فروعه الأولاد ذكورا

١- ١) التهذيب ج ٨ ص ٢۴٣.

٢- ٢) التهذيب ج ٨ ص ٢۴٣.

و إناثا و ان نزلوا،و بالمحارم مثل العمه و الخاله (۱)و الأخت و بنات الأخت، و بنات الأخ.

و هل ینسحب الحکم الی الرضاع؟قولان:فذهب الشیخ فی النهایه الی ان کل من ینعتق علیه من جهه النسب لا یصح تملکه من جهه الرضاع،و به قال ابن البراج،و ابن حمزه،و الصدوق فی کتاب المقنع فی باب العتق منه.

و قال فی الخلاف:إذا ملک أمه أو أباه أو أخته أو بنته أو عمته أو خالته من الرضاع عتقن کلهن،و خالف جمیع الفقهاء فی ذلک،و ذهب الیه بعض أصحابنا.

و قال المفید فی المقنعه فی باب السراری و لا بأس ان یملک الإنسان امه من الرضاعه،و أخته منه و ابنته و خالته،و عمته منه،لکن یحرم علیه وطئهن،و بنحو ذلک صرح أیضا فی ابتیاع الحیوان من الکتاب المذکور،و تبعه فی ذلک سلار و ابن إدریس.

و قال ابن ابی عقیل:لا بأس بملک الام و الأخت من الرضاعه و بیعهن،انما یحرم منهن ما یحرم فی النسب فی وجه النکاح فقط،و هو کما تری یرجع الی مذهب الشیخ المفید،و ظاهر ابن الجنید انه لا یملک من یحرم علیه من الرضاع تملک العبید،فان ملکهم لم یبعهم الا عند ضروره إلی أثمانهم،و جعله آخر ما یباع فی الدین علیه،و الی القول الأول ذهب العلامه فی المختلف و غیره و المحقق، و الظاهر انه المشهور بین المتأخرین،و هو الأظهر کما سیظهر لک إنشاء الله.

و تملک المرأه کل قریب عدا الإباء و ان علوا،و الأولاد و ان سفلوا، اتفاقا فی النسب،و فی من کان کذلک رضاعا قولان:کما تقدم،و الخلاف الخلاف

ص: ۳۷۵

۱- ۱) و المراد بالعمه و الخاله ما هو أعم من ان یکون عمته أو عمه أبیه أو عمه جده،أو عمه امه أو عمه أبیها اوجدتها و هکذا فی الخاله و مرجع الجمیع الی تحریم أولاد الجد و الجده،منه رحمه الله.

و الفتوی کما سبق،و أما ما عدا من ذکر فی الرجل و المرأه،فإنه یصح تملکه.

و الذی وقفت علیه من الاخبار المتعلقه بهذا المسأله منها ما رواه

الشیخ فی الصحیح عن ابی بصیر و ابی العباس و عبید کلهم (۱)عن ابی عبد الله(علیه السلام)قال:

إذا ملک الرجل و الدیه أو أخته أو عمته أو خالته أو بنت أخیه أو بنت أخته،و ذکر أهل هذه الآیه (۲)«مِنَ النِّسٰاءِ» عتقوا جمیعا و یملک عمه و ابن أخیه و ابن أخیه و الخال، و لا یملک امه من الرضاعه،و لا أخته و لا عمته و لا خالته فإنهن إذا ملکن عتقن، و قال:ما یحرم من النسب،فإنه یحرم من الرضاعه،و قال:یملک الذکور ما خلا والدا و ولدا و لا یملک من النساء ذوات رحم محرم،قلت:یجری فی الرضاع مثل ذلک؟قال:نعم یجری فی الرضاع مثل ذلک»،. و رواه الصدوق بأسانیده عن ابی بصیر و ابی العباس و عبید بن زراره مثله.

و منها ما رواه

الشیخ فی الصحیح عن الحلبی و ابن سنان (۳)عن أبا عبد الله (علیه السلام)

«عن امرأه أرضعت ابن جاریتها قال:تعتقه». و رواه الکلینی فی الصحیح أو الحسن مثله (۴).

و ما رواه

فی الکافی عن عبید بن زراره فی الصحیح (۵)

«قال سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عما یملک الرجل من ذوی قرابته فقال:لا یملک والدیه و لا أخته،و لا ابنه أخیه و لا ابنه أخته،و لا عمته و لا حالته،و یملک ما سوی ذلک من الرجال من ذوی قرابته،و لا یملک أمه من الرضاعه». و الظاهر ان ذکر الام خرج مخرج التمثیل،لا الاختصاص،کما سیظهر لک إنشاء الله تعالی.

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۲۴۳.
۲- ۲) سوره النساء الآیه ۲۳.
۳- ۳) الوسائل الباب ۸ من أبواب العتق الرقم ۱.
۴- ۴) الوسائل الباب ۸ من أبواب العتق الرقم ۲.
۵- ۵) الوسائل الباب ۷ من أبواب العتق الرقم-۴.

و ما رواه

عن محمد بن مسلم (۱)فی الصحیح عن أحدهما(علیهما السلام) قال:

«إذا ملک الرجل والدیه أو أخته أو عمته أو خالته عتقوا علیه،و یملک أخاه و عمه و خاله من الرضاعه».

و عن محمد بن مسلم (۲)فی الصحیح عن أبی جعفر(علیه السلام) قال:

« لا یملک الرجل و الدیه و لا ولده و لا عمته و لا خالته،و یملک أخاه و غیره من ذوی قرابته من الرجال».

و عن عبد الله سنان (۳)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن امرأه ترضع غلاما لها من مملوکه حتی تفطمه،یحل لها بیعه؟قال:لا،حرم علیه ثمنه،قال:ثم قال:أ لیس قد قال رسول الله(صلی الله علیه و آله):یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب،أ لیس قد صار ابنها،فذهبت أکتبه فقال أبو عبد الله(علیه السلام)لیس مثل هذا یکتب».

و الظاهر أن المنع من کتابته لکونه ظاهرا لا یحتاج إلی الکتابه،و وصف هذه الروایه فی المسالک بالصحه،و لیس کذلک،لان الشیخ رواه عن الحسن بن محمد ابن سماعه،و طریقه الیه غیر معلوم.

و عن أبی حمزه الثمالی (۴)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن المرأه ما تملک من قرابتها؟قال:کل أحد الا خمسه،أبوها و أمها و ابنها و ابنتها و زوجها».

و الظاهر ان جعل الزوج هنا من قبیل هؤلاء باعتبار بقاء الزوجیه و الا فإنها تملکه و تبطل الزوجیه إجماعا.

و روی فی الکافی عن ابن سنان (۵)فی الصحیح عن أبی عبد الله(علیه السلام)

ص: ۳۷۷

۱- ۱) الوسائل الباب-۷-من أبواب العتق الرقم ۱.
۲- ۲) الوسائل الباب-۷-من أبواب العتق الرقم ۲.
۳- ۳) الوسائل الباب-۸-من أبواب العتق الرقم ۳.
۴- ۴) الوسائل الباب-۹-من أبواب العتق الرقم-۱.
۵- ۵) الکافی ج ۵ ص ۴۴۶.

قال: «سئل و أنا حاضر عن امرأه أرضعت غلاما مملوكا لها من لبنها حتى قطعته هل لها ان تبيعه؟فقال:لا هو ابنها من الرضاعه، حرم عليها بيعه و أكل ثمنه،ثم قال:أ ليس رسول الله(صلى الله عليه و آله)قال:يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب». و رواه الشيخ مثله (١).

و روى الصدوق فى المقنع (٢)قال:

«قال أبو عبد الله(عليه السلام):فى امرأه أرضعت ابن جاريتها:انها تعتقه».

قال و روى

«فى مملوكه أرضعتها مولاتها بلبنها، انه لا يحل بيعها».

و ما رواه

على بن جعفر (٣)فى كتابه عن أخيه موسى(عليه السلام) قال:

«سألته عن امرأه أرضعت مملوكها ما حاله؟قال:إذا أرضعته عتق».

و ما رواه

فى الكافى فى الصحيح عن عبد الرحمن بن ابى عبد الله (۴)فى حديث قال:

«و سألته عن المرأه ترضع عبدها أ تتخذه عبدا؟قال:تعتقه و هى كارهه».

و رواه

الشيخ (۵)بسند آخر مثله،الا ان فيه

«يعتقونه و هم لها كارهون».

أقول:و هذه الروايات كما ترى ظاهره الاتفاق فيما قدمنا ذكره من العلاقه النسبيه،و ان العلاقه الرضاعيه ملحقه بها،و جاريه فى ذلك مجراها كما هو مقتضى مذهب الشيخ و من تبعه،معللا فى جمله منها بالخبر النبوى.

و بذلك يظهر ما فى كلام ابن ابى عقيل المتقدم ذكره من تخصيصه الحديث النبوى بالنكاح،فإنه ناش عن الغفله عن ملاحظه هذه الاخبار هذا.

و اما ما يدل على القول الثانى من الاخبار و هو مذهب الشيخ المفيد و من تبعه فمنها ما رواه

الشیخ عن عبد الله بن سنان (۶)عن ابی عبد الله(علیه السلام) قال:

« إذا اشترى الرجل أباه أو أخاه فملكه فهو حر الا ما كان من قبل الرضاع».

۱- ۱) الوسائل الباب-۱۷-من أبواب ما يحرم بالرضاع.

۲- ۲) الوسائل الباب-۱۷-من أبواب ما يحرم بالرضاع.

۳- ۳) الوسائل الباب-۱۷-من أبواب ما يحرم بالرضاع.

۴- ۴) الوسائل الباب-۸-من أبواب العتق-الحديث-۲.

۵- ۵) الوسائل الباب-۸-من أبواب العتق-الحديث-۲.

۶- ۶) التهذيب ج ۸ ص ۲۴۵.

و عن الحلبی (۱)فی الصحیح عن ابی عبد الله علیه السلام

«فی بیع الام من الرضاعه؟قال:لا بأس بذلک إذا احتاج».

و عن أبی عتیبه (۲)عن ابی عبد الله(علیه السلام) قال:

«قلت له:غلام بینی و بینه رضاع یحل لی بیعه؟قال:انما هو مملوک إن شئت بعته و ان شئت أمسکته، و لکن إذا ملک الرجل أبویه فهما حران».

و أجاب الشیخ عن الخبرین الأولین بعد ذکرهما قال:فهذان الخبران لا یعارضان الأخبار التی قدمناها،لأنها أکثر و أشد موافقه بعضها لبعض،فلا یجوز ترک تلک و العمل بهذه،مع ان الأمر علی ما وصفناه،علی أنه یمکن ان یکون الوجه فیه انه إذا کان الرضاع لم یبلغ الحد الذی یحرم،فإنه و الحال علی ذلک یجوز بیعها علی جمیع الأحوال،علی ان الخبر الثانی یحتمل ان لا یکون المراد «بإلا»الاستثناء،بل یکون«الا»قد استعملت بمعنی الواو،و ذلک معروف فی اللغه، فکأنه قال:إذا ملک الرجل أباه فهو حر و ما کان من جهه الرضاع.

و اما الخبر الأول فیحتمل ان یکون إنما أجاز بیع الام من الرضاع لأبی الغلام حسبما قدمناه فی خبر إسحاق بن عمار عن العبد الصالح و لا یکون المراد بذلک انه یجوز ذلک للمرتضع،و لیس فی الخبر تصریح بذلک،بل هو محتمل لما قلناه،و إذا کان کذلک لم یعارض ما قدمناه انتهی.

قال المحقق الأردبیلی بعد نقله:و هذه التأویلات و ان کانت بعیده-الا انه لما قوی الحکم الأول و الطرح غیر مستحسن عنده و ان کانت الأخبار ضعیفه و نادره -فلیس ببعید ارتکابها،و لکن لا بد من حمل عدم تملک الأخ فی الخبر الثانی أیضا.انتهی.

أقول:و الأقرب عندی هو حمل هذه الاخبار علی التقیه لما تقدم فی کلام

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۲۴۵.

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۲۴۴.

الشیخ فی الخلاف.من ان ذلک مـذهب جمیع الفقهاء،و حینئذ فلا یحتاج الی هذه التکلفات السـخیفه التی تمجها الافهام و یبعد نسبتها لهم(علیهم السلام).

و اما الخبر الثالث من الاخبار المذکوره فالظاهر منه انما هو الأخ الرضاعی و هو لیس من محل الاشـکال،و یؤیده اسـتثناء الأبوین من الرضاعه فی الخبر.

و أمـا مـا یـدل علی تملـک من عـدا العمودین للرجـل من الرجـال الأقارب من الاخبار و ان کان علی کراهیه،بمعنی ان الأفضـل عتقهم،فمن ذلک ما تقدم

فی صحیحه محمد بن مسلم (۱)من قوله علیه السلام

«و یملک ابن أخیه و عمه و خاله،و یملک أخاه و عمه و خاله من الرضاعه».

و قوله

فی صحیحه أبی بصیر و ابی العباس و عبید المتقدمه (۲)

«و یملک عمه و ابن أخیه و ابن أخته و الخال الی أن قال:-و یملک الذکور ما عدا الولد».

الی آخره.

و

قوله علیه السلام،فی صحیحه عبید بن زراره المتقدمه أیضا بعد ذکره العمودین و الإناث المحارم

«و یملک ما سوی ذلک من الرجال من ذوی قرابته».

و فی خبر محمد بن مسلم (۳)عن ابی جعفر(علیه السلام)قال فیه:و

«یملک أخاه و غیره من ذوی قرابته من الرجال».

و عن عبد الرحمن بن ابی عبد الله (۴)قال:

«سألت أبا عبـد الله(علیه السـلام) عن الرجل یتخـذ أباه و امه أو أخاه أو أخته عبیـدا فقال:اما الأخت فقد عتقت حین یملکها،و اما الأخ فیسترقه،و اما الأبوان فقد عتقا حین یملکهما». (۵).

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۲۴۱.

۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۲۴۳.

۳- ۳) التهذيب ج ۸ ص ۲۴۰.

۴- ۴) التهذيب ج ۸ ص ۲۴۰.

۵- ۵) أقول و هذا الخبر ايضا ظاهر فيما قدمنا ذكره من ان العتق بعد الدخول فى الملك،لا بنفس الشراء منه رحمه اللّه.

و فی روایه کلیب الأسدی (۱)عن ابی عبد الله(علیه السلام)

«إذا ملکت الأبوین فقد عتقا،و قد یملک اخوته فیکونون مملوکین و لا یعتقون».

و اما ما ورد

فی روایه العبید بن زراره (۲)قال:

«لا یملک الرجل أخاه من النسب و یملک ابن أخیه»الحدیث. فقد حمله الشیخ علی الاستحباب.

و کذا ما رواه

الصدوق عن سماعه (۳)فی الموثق عن ابی عبد الله(علیه السلام)

«فی رجل یملک ذا رحمه هل یصلح له أن یبیعه أو یستعبده؟قال:لا یصلح له بیعه و لا یتخذه عبدا و هو مولاه و أخوه فی الدین،و أیهما مات ورثه صاحبه الا ان یکون له وارث أقرب إلیه منه».

و ما رواه

الشیخ فی التهذیب عن سماعه (۴)فی الموثق ایضا قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن رجل یملک ذا رحم هل یحل له ان یبیعه أو یستعبده؟ قال:لا یصلح له أن یبیعه و هو مولاه و اخوه،فان مات ورثه دون ولده،و لیس له أن یبیعه و لا یستعبده».

و الظاهر حمل الخبرین المذکورین علی من لا ینعتق علیه من المحارم،کالأخ و العم و نحوهما،و المراد حینئذ کراهیه بیعه و استخدامه،لا أنه ینعتق علیه بقرینه قوله فی الخبر الثانی«فان مات ورثه دون ولده»إذ لا یمکن هذا الا مع بقاء المالکیه.

و یمکن حمل النهی فی الخبر الأول علی الأعم من الحرمه و الکراهه، فیکون شاملا للعمودین و نحوهما من النساء المحارم،الا أن ظاهر قوله هو (مولاه)الی آخر الخبر مما یعضد المعنی الأول،فإن حاصله أنه مولاه،ای وارثه، و المیراث فی موت العبد ظاهر،و فی موت الحر إذا لم یکن له وارث حر، فإنه حینئذ یشتری و یورث،الا أن یکون له وارث أقرب،فإنه حینئذ یشتری الأقرب.

و کیف کان فان الحکم المذکور لاتفاق الأصحاب علیه،و تکاثر الاخبار

ص:۳۸۱

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۲۴۱.

۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۲۴۱.

۳- ۳) الفقيه ج ۳ ص ۸۰.

۴- ۴) التهذيب ج ۸ ص ۲۴۲.

به کما عرفت مما لا اشکال فیه،و لا شبهه تعتریه،فیجب ارتکاب التأویل فی هذه الاخبار الأخیره بما قلناه.

و قد صرح بعض الأصحاب بأن قرابه الشبهه بحکم الصحیح،بخلاف قرابه الزنا علی الأقوی،قال:لان الحکم الشرعی یتبع الشرع،لا اللغه و هو جید.

و یفهم من إطلاق کلام الأصحاب الرجل و المرأه فی هذا المقام أن الصبی و الصبیه لا یعتق علیهم لو ملکوه،الی أن یبلغوا و الاخبار مطلقه فی الرجل و المرأه کذلک،و یعضده أصاله البراءه کذا صرح به شیخنا الشهید الثانی(قدس سره) فی الروضه.

المسأله الثالثه [فی أحکام اللقیط و المنبوذ]

-قد صرح الأصحاب(رضوان الله علیهم)بأنه یملک اللقیط من دار الحرب إذا لم یکن فیها مسلم یمکن انتسابه الیه و لو کان أسیرا،و الا حکم بحریته،لإطلاق الحکم بحریه اللقیط فی النصوص،خرج منه ما علم انتفاؤه عن المسلم،فیبقی الباقی.

أقول:و الذی وقفت علیه من الاخبار المتعلقه بهذا المقام ما رواه

فی الکافی (۱)عن عبد الله(علیه السلام)قال:

اللقیط لا یشتری و لا یباع».

و ما رواه

فی التهذیب عن محمد بن مسلم (۲)فی الصحیح عن أحدهما (علیهما السلام) قال:

«سألته عن اللقیط؟قال:لا یباع و لا یشتری». و ما رواه

فی الکافی.فی الصحیح أو الحسن عن محمد بن مسلم (۳)قال:

سألت أبا عبد الله (علیه السلام)عن اللقیط؟فقال:حر لا یباع و لا یوهب».

و ما رواه

فی الکافی عن حاتم بن إسماعیل المدائنی (۴)عن ابی عبد الله

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۲۴.

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۲۲۷.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۲۲۴ التهذیب ج ۷ ص ۷۸.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۲۲۵ التهذیب ج ۷ ص ۷۹.

(علیه السلام) قال: «المنبوذ حرفان أحب أن یوالی غیر الذی رباه و الاه،فان طلب منه الذی رباه النفقه و کان موسرا رد علیه،و ان کان معسرا کان ما أنفق علیه صدقه».

و نحوه

عن عبد الرحمن العزرمی (۱)عن أبی عبد الله(علیه السلام) عن أبیه(علیه السلام) قال:

«المنبوذ حر فإذا کبر فان شاء تولی الذی التقطه،و الا فلیرد علیه النفقه،و لیذهب فلیوال من شاء».

أقول:و اللقیط و المنبوذ هو المولود الـذی ینبـذ،و ظاهر هذه الاخبار الحکم بالحریه مطلقا،و کان مستند استثناء الأصحاب لقیط دار الحرب علی الوجه المتقدم هو الإجماع.

و یؤیـده مـا تقـدم ذکره فی غیر موضع من أن إطلاـق الاخبـار انمـا تحمـل علی الاـفراد المتکثره الشـائعه،و وجود اللقیط فی دار الحرب بالشرط المتقدم نادر،بل انما وقع مجرد فرض المسأله،فلا یدخل حینئذ فی إطلاق الاخبار المذکوره.

ثم انهم ذکروا أیضا أنه لو بلغ من حکم بحریته ظاهرا لکونه ملقوطا من دار الإسلام،أو دار الفکر بالشرط المتقدم فأقر بالرق،فهل یقبل إقراره أم لا؟قولان.

اختار ثانیهما ابن إدریس،و نقله عن محصـلی الأصـحاب فقال:لا یقبل إقراره عنـد محصـلی أصـحابنا،و هو الصـحیح لان الشارع حکم علیه بالحریه.

و قال:بعضهم:یقبل،لأن

«إقرار العقلاء علی أنفسـهم جائز»کما روی عنه (صلی الله علیه و آله) (۲). و اختاره العلامه فی المختلف،فقال-بعد نقل قول ابن إدریس

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۲۵ التهذیب ج ۷ ص ۷۷.

۲- ۲) الوسائل الباب-۳-من أبواب الإقرار الرقم-۲.

و الاحتجاج علی ما ذهب الیه-ما لفظه:و حکم الشارع بالحریه-بناء علی الأصل- ما لم یعترف بالعبودیه،و لا فرق بین اللقیط و غیره من المجهول،و لو جاء رجل لا یعرف فأقر بالعبودیه یقبل،و قد کان علی مذهبه لا یقبل،لانه محکوم علیه بالحریه شرعا، فلا یقبل إقراره بالعبودیه،و هذا کله غلط انتهی.

و الی هذا القول ذهب المحقق فی الشرائع و الشهید الثانی فی المسالک و غیرهم فی هذه الصوره و فی صوره مجهول الحال.

أما معروف النسب فیقبل قطعا،و الظاهر أنه المشهور بین المتأخرین،و هو الأظهر للخبر المذکور،

و لصحیحه عبد الله بن سنان (۱)قال:

«سمعت أبا عبد الله (علیه السلام)یقول:کان علی بن أبی طالب(علیه السلام)«یقول:الناس کلهم أحرار الا من أقر علی نفسه بالعبودیه و هو مدرک من عبد أو أمه،و من یشهد علیه بالرق صغیرا کان أو کبیرا»». و هو ظاهر فی عموم الحکم لمحل البحث.

و فیه إشاره الی أن الأصل فی الناس الحریه کما هو ظاهر الاتفاق،و یمکن أن یرجح عدم القبول فی اللقیط بعدم علمه بحال نسبه،الا أنه یمکن معارضته باستفادته ذلک بعد البلوغ من اخبار من یوجب له العلم بذلک،أو نحو ذلک.

و بالجمله فالأظهر العمل بإطلاق الخبرین المذکورین،و لا فرق فی قبول إقراره بین کون المقر مسلما أو کافرا،و سواء کان المقر له مسلما أو کافرا،و ان بیع علیه قهرا کما تقدم.

ثم انه مما یدل علی الحکم المذکور زیاده علی ما ذکرناه ما رواه

فی التهذیب عن الفضل (۲)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن رجل حر أقر أنه عبدا قال یؤخذ بما أقر به». و بهذا المضمون روایه محمد بن الفضل الهاشمی (۳)و صحیحه إسماعیل بن الفضل الهاشمی (۴).

۱- ۱) الوسائل الباب-۲۹-من أبواب العتق الرقم-۱.

۲- ۲) الوسائل الباب-۲۹-من أبواب العتق الرقم-۲.

۳- ۳) الوسائل الباب-۲۹-من أبواب العتق الرقم-۳.

۴- ۴) الوسائل الباب-۲۹-من أبواب العتق الرقم-۴.

بقی الکلام فی أنه هل یعتبر رشده وقت الإقرار أم لا؟فمنهم من اشترطه و هو ظاهر اختیار شیخنا الشهید الثانی فی المسالک.

و منهم من لم یشترطه من غیر تعرض لعدمه،و العلامه فی التذکره فی هذا الباب اشترطه،و فی باب اللقطه اکتفی بالبلوغ و العقل،قیل و وجه اشتراطه واضح،لان غیر الرشید لا یعتبر قوله فی المال،و هو نفسه مال،و وجه العدم أن إقراره بالرقیه لیس إقرارا بنفس المال و ان ترتب علیه،کما یسمع إقراره بما یوجب القصاص،و ان أمکن رجوعه الی المال بوجه،و یشکل بما لو کان بیده مال،فإن إقراره علی نفسه بالرقیه،یقتضی کون المال للمقر له،الا أن یقال:

بثبوته تبعا لثبوت الرقیه،لا لأنه إقرار بالمال،و الأظهر الاستناد فی العدم الی ظاهر الروایات المتقدمه،فإن ظاهرها الاکتفاء بمجرد العقل،کما یشیر الیه قوله فی صحیحه عبد الله بن سنان و هو مدرک أی بالغ عاقل،و ربما فسر بکونه رشیدا و الظاهر بعد و الله العالم.

المسأله الرابعه [فی أنه لو ملک أحد الزوجین صاحبه ینفسخ الزوجیه]

-الظاهر أنه لا خلاف فی أنه لو ملک أحد الزوجین صاحبه فإنه ینفسخ الزوجیه،و یستقر المالک لمنافات الملک العقد،لان المالک ان کان هو الزوجه،فإنه یحرم وطؤ مملوکها لها،و ان کان الزوج استباحها بالملک، و لان التفصیل یقطع الشرکه (1)و علل-مع ذلک-بأن بقاءه یستلزم اجتماع علتین علی معلول واحد شخصی-و رد بأن علل الشرع معرفه-و بأن اختلاف الأسباب یقتضی اختلاف المسببات،ورد بجواز ذلک فی أسباب الشرع،و بعدم تمامیتها

۱- ۱) بمعنی أن التفصیل فی حال الوطی بکونه اما بالعقد أو بالملک أو بالتحلیل أو نحو ذلک یقطع الشرکه فی الأسباب لأن کلا منها سبب مستقل برأسه فمتی حصل الملک یعنی ملک الزوج للزوجه کان النکاح بالملک و ارتفعت الزوجیه لما عرفت-منه رحمه الله.

فی جانب الزوجه.

أقول و الأظهر الاعراض عن هـذه التعليلات الواهيه،و الرجوع فی ذلک الی الاخبار،فإنها فی الدلاله علی المراد مكشوفه القناع،و هی أولی بالمراعاه و الاتباع سيما مع تأيدها بالاتفاق كما أشرنا اليه.

و من الاخبار المشار إليها ما رواه

فی الكافی فی الحسن أو الصحيح و فی الفقيه فی الصحيح عن محمد بن قيس (۱)عن أبی جعفر(عليه السلام) قال:

«قضـی أمير المؤمنين(عليه السـلام)فی سـريه رجل ولـدت لسـيدها ثم اعتزل عنها،فأنكحها عبده ثم توفی سـيدها و أعتقها فورث ولـدها زوجهـا من أبيه ثم توفی ولـدها فورثت زوجهـا من ولـدها فجـاءا يختلفـان يقول الرجل:امرأتی و لا أطلقها و تقول المرأه عبـدی و لاـ يجـامعنی،فقـالت المرأه يا أمير المؤمنين ان سـيدی تسـرانی فأولـدنی ولـدا ثم اعتزلنی فأنكحنی من عبـده هـذا،فلما حضـرت سـيدی الوفـاه أعتقنی عنـد موته و أنـا زوجه هـذا و انه صار مملوكا لولـدی الـذی ولـدته من سـيدی،و ان ولـدی مات فورثته،فهل يصلح له ان يطأني؟فقال لها:هل جامعک منذ صار عبدک و أنت طائعه؟قالت:لا يا أمير المؤمنين(عليه السلام)قال:لو كنت فعلت لرجمتک،اذهبی فإنه عبدک ليس له عليک سبيل،ان شئت ان تبيعی،و ان شئت ان ترقی،و ان شئت ان تعتقی».

و ما رواه

فی الكافی عن عبد الله بن سنان (۲)فی الصحيح قال:

«سمعت أبا عبد الله(عليه السلام)يقول فی رجل زوج أم ولد له مملوكه ثم مات الرجل فورثه ابنه فصار له نصيب فی زوج أمه،ثم مات الولد أ ترثه امه؟قال:نعم قلت:فإذا

۱- ۱) الكافی ج ۵ ص ۴۸۴ الفقيه ج ۳ ص ۳۵۲ و فيه(لأوجعتک)بدل (لرجمتک).

۲- ۲) الكافی ج ۵ ص ۴۸۴ و ۴۸۵.

ورثته كيف تصنع و هو زوجها؟قال:تفارقه و ليس له عليها سبيل و هو عبدها».

و عن إسحاق بن عمار (۱)فی الموثق عن ابی عبد الله(علیه السلام) قال:

« فی امرأه لها زوج مملوک فمات مولاه فورثته،قال:لیس بینهما نکاح».

و عن سعید بن یسار (۲)فی الصحیح قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام) عن امرأه حره تکون تحت المملوک فتشتریه هل یبطل نکاحه؟قال:نعم،لانه عبد مملوک لا یقدر علی شیء».

قالوا و ملک البعض کملک الکل،للمنافاه و استحاله تبعض البضع و قطع الشرکه بالتفصیل أقول:الأجود الاستدلال علیه بصحیحه عبد الله بن سنان المذکوره، فإن موردها التبعیض.

بقی الکلام فی قوله علیه السلام فی صحیحه ابن قیس المذکوره«لو کنت فعلت لرجمتک»مع أنها لیست ذات بعل بعد انفساخ العقد،لتستحق الرجم، و حملها بعض مشایخنا(عطر الله مراقدهم)علی التهدید علی وجه المصلحه توریه أو الرجم بمعنی الشتم و الإیذاء کما یطلق علیه لغه،یقال:رجمته بالقول:ای رمیته بالفحش،و کیف کان فلا بد من الحمل علی خلاف الظاهر من الخبر لما عرفت.

و الله العالم.

المسأله الخامسه [فی أن من أقر علی نفسه بالعبودیه قبل منه]

-قد تقدم فی المسأله الثالثه إن الأظهر الأشهر ان من أقر علی نفسه بالعبودیه متی کان مکلفا فإنه یقبل منه و یحکم بکونه رقا،و حینئذ فلا یقبل منه رجوعه عن ذلک لاشتماله علی تکذیب نفسه،و إبطال ما أقر به أولا و رفع ما ثبت علیه حتی لو أقام بینه لم تسمع،لأنه بإقراره أولا قد کذبها،کذا قطع به العلامه فی التذکره.

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۸۵.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۸۵.

و أورد علیه بأنه یشکل ذلک فیما لو أظهر لإنکاره تأویلا محتملا،کان قال:

انی تولدت بعد انعتاق أحد أبوی و ما کنت اعلم بذلک حین أقررت،فإنه ینبغی القبول،و سیأتی له نظائر.

و أولی بالقبول ما لو أقر بالرقیه لشخص معین فأنکر المقر له،و سیأتی مثله فی الإقرار،کما إذا أقر لأحد بمال فأنکر المقر له،فادعاه المقر حین إنکاره، و علی هذا فینبغی سماع بینته بطریق اولی،و هو جید و کذا لو اشتری عبدا ثابت العبودیه فادعی الحریه،فإنه لا یقبل دعواه،الا ان هذا یقبل دعواه بالبینه، بخلاف الأول.

و تفصیل الکلام فی المقام انه متی وجد عبدا أو أمه تباع فی الأسواق،فإن ظاهر الید و التصرف یقتضی الملک،و یدل علیه ما رواه

المشایخ الثلاثه

«نور الله تعالی مراقدهم)عن حمزه بن حمران (۱)«قال:قلت لأبی عبد الله(علیه السلام) ادخل السوق فأرید ان اشتری جاریه فتقول لی انی حره فقال اشترها الا ان تکون لها بینه». و وصف هذه الروایه العلامه فی التذکره و الشهید الثانی فی المسالک بالصحه،و هو سهو محض فإن حمزه بن حمران لم یذکره أحد بالتوثیق،بل و لا بالمدح،حتی انه فی الخلاصه لم یذکره بالکلیه،و النجاشی ذکره و لم یصفه بمدح و لا ذم،.

و ما رواه

فی التهذیب و الفقیه فی الصحیح عن العیص بن القاسم (۲)عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«سألته عن مملوک ادعی انه حر و لم یأت ببینه علی ذلک أشتریه؟قال:نعم».

اما لو وجد فی یده و ادعی رقیته و لم یعلم شراؤه و لا بیعه،فان کان کبیرا

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۱۱ التهذیب ج ۷ ص ۷۴.
۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۷۴.

و صدقه علی ذلک فکذلک،لما تقدم من الاخبار الداله علی إلزامه بما أقر به، و ان کذبه لم یقبل دعواه إلا بالبینه،عملا بأصاله الحریه،کما تقدم

فی صحیحه عبد الله بن سنان (۱)من قول أمیر المؤمنین(علیه السلام)

«الناس کلهم أحرار الا من أقر علی نفسه بالعبودیه،أو من شهد علیه بالرق». و مثلها غیرها.

و ان سکت أو کان صغیرا فإشکال،قال العلامه فی التذکره:العبد الذی یوجد فی الأسواق یباع و یشتری یجوز شراؤه،و ان ادعی الحریه لم یقبل منه ذلک إلا بالبینه و کذا الجاریه الی أن قال:أما لو وجد فی یده و ادعی رقیته و لم یشاهد شراءه له و لا بیعه إیاه فان صدقه حکم علیه بمقتضی إقراره،و ان کذبه لم یقبل دعواه الرقیه إلا بالبینه،عملا بأصاله الحریه و ان سکت من غیر تصدیق و لا تکذیب فالوجه أن حکمه حکم التکذیب،إذ قد یکون السکوت لا من غیر الرضا،و ان کان صغیرا فإشکال،أقربه الحریه فیه.انتهی.

و یمکن المناقشه فی حکمه فی صوره السکوت بأن حکمه حکم التکذیب، بأن یقال:انه متصرف و صاحب ید،و یدعی أمرا ممکنا و للأخبار الکثیره الداله علی من ادعی دعوی لا معارض لها و لا راد لها کمن ادعی مالا و لا معارض له فی دعواه أنه یحکم له بذلک،أو ادعی زوجیه امرأه و لم تکذبه،فإنه یحکم له بها،و الظاهر أنه لهذا ذهب فی التحریر الی الحکم بالید،کما نقل عنه،و حینئذ فیقبل مجرد دعواه و أما قبولها مع البینه فالظاهر لا اشکال فیه،و أما ما استقربه من الحریه فی الصغیر فهو جید،عملا بالأخبار الداله علی أصاله الحریه حتی یثبت الملک.

الا أنه یشکل حینئذ شراء العبید الأطفال من ید البیاع،مع دلاله الاخبار و الاتفاق علی جواز الشراء،و الحکم المذکور لا یخلو من شوب الاشکال،کما أشرنا إلیه آنفا.

و قد وقع فی عبائر بعض الأصحاب انه لا یقبل ادعاء الحریه من المشهور

۱- ۱) الوسائل الباب-۲۹-من أبواب العتق الرقم-۱.

بالرقيه،و فيه إشكال،لأن مجرد الشهره لا تعارض أصاله الحريه المتفق عليها نصا و فتوى،الا أن تحمل الشهره على ما قدمنا ذكره من رؤيته يباع فى الأسواق و نحوه، و لا يخلو من بعد،و يمكن أن يستدل للقول المذكور بظاهر صحيحه العيص المذكوره، بأن يحمل المملوك على من يكون كذلك بحسب الظاهر من الشهره،الا أنه يحتمل كون ذلك بثبوته بالإقرار أولا أو البينه أو الرؤيه يباع فى الأسواق و نحو ذلك مما يفيد التملك.و الله العالم.

المقصد الثانی فی الأحکام المترتبه علی الابتیاع و ما یلحق ذلک

اشاره

و فیه أیضا مسائل،

[المسأله] الأولی [فی أحکام بیع الحامل]

اشاره

-اختلف الأصحاب-(رضوان الله علیهم)-فی بیع الحامل جاریه کانت أو دابه،فالمشهور ان الحمل للبائع،سواء علم به أولا،و سواء شرط البائع لنفسه أولا،الا ان یشترطه المشتری،و هو قول الشیخ فی النهایه،و الشیخ المفید و سلار و ابی الصلاح و ابن البراء فی الکامل و ابن إدریس،و علیه المتأخرون منهم العلامه فی المختلف،و احتج علیه بأن البیع تعلق بالأم فلا یتناول الحمل،لعدم دلاله اللفظ علیه مطابقه و تضمنا و التزاما،و لأن الأصل بقاء ملک البائع علیه،فلا ینتقل عنه الا بسبب،و لم یطرأ ما یزیله من أصله انتهی.

و قال الشیخ فی المبسوط:إذا باع بهیمه أو جاریه حاملا و استثنی حملها لنفسه لم یجز،و تابعه ابن البراج فی المهذب و جواهر الفقه علی ذلک.

و قال ابن الجنید و یجوز ان یستثنی الجنین فی بطن امه من آدمی أو حیوان و قال ابن حمزه:و الإناث من الأدمی و النعم إذا کانت حوامل و بیعت مطلقا کان الولد للمبتاع،إلا إذا شرط البائع.

و قال الشیخ أبو جعفر الطوسی:یکون للمبتاع إلا إذا شرط البائع و هذا ما وقفت علیه من أقوالهم فی المسأله،و نقل عن الشیخ أنه احتج علی ما ذهب إلیه فی المبسوط بأن الحمل جزء من الحامل،یجری مجری عضو من أعضائها فیدخل

و لا یصح استثناؤه،حتی حکم بفساد البیع لو استثناه البائع،کما لو استثنی جزءا معینا.

أقول:و قد نقل بعض المحققین هذا القول عن الشافعی،محتجا بهذه الحجه.و أجاب العلامه فی المختلف-عن حجه الشیخ المذکوره-بالمنع من المساواه بین الحمل و عضو من أعضائها،فإنه تصح الوصیه للحمل،و یرث و یلحقه أحکام کثیر لا تتعلق بالأعضاء،قال:و هذا الذی ذکره الشیخ کأنه الذی لمحه ابن حمزه،و الحق خلافه انتهی.

أقول:لا یخفی قوه القول المشهور بناء علی ما هو مذکور،الا أنه

قد روی الشیخ بإسناده عن احمد بن محمد بن یحیی عن أبی إسحاق-یعنی إبراهیم بن هاشم -عن النوفلی عن السکونی (۱)

«عن جعفر عن آبائه(علیهم السلام)فی رجل أعتق أمه و هی حبلی فاستثنی ما فی بطنها،قال:الأمه حره،و ما فی بطنها حر لان ما فی بطنها منها». و رواه الصدوق أیضا بإسناده عن السکونی،و هو ظاهر فی تبعیه الحمل للام،و أنه لا یصلح استثناؤه من حیث أنه منها و جزء من اجزائها کما ادعاه الشیخ و من تبعه،و لهذا ذهب الشیخ و جماعه فی باب العتق الی سریان عتق الحامل الی الحمل للروایه المذکوره،و ان کان المشهور خلافه ورد هذه الروایات المحقق الأردبیلی(قدس سره)بضعف السند إلا أنک قد عرفت فی غیر موضع مما تقدم أنه غیر معتمد.

و قد روی الشیخ فی الحسن عن الحسن بن علی الوشاء (۲)عن أبی الحسن الرضا (علیه السلام)

«قال سألته عن رجل دبر جاریته و هی حبلی فقال ان کان علم یحبل لجاریه فما فی بطنها بمنزلتها و ان کان لم یعلم فما فی بطنها رق».

و هو ظاهر فی سریان التدبیر الی الولد مع العلم بالحمل و أما مع عدم العلم به فإنه یحتمل تأخره من التدبیر،و الحکم فیه التبعیه کما استفاضت به الاخبار

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۲۳۶-الفقیه ج ۳ ص ۸۵.

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۲۶۰ الفقیه ج ۳ ص ۷۱.

و لهذا نقل عن الشيخ و جماعه القول بتبعيه الولد للأم فی الصوره المذکوره،و مقتضی کلام الأصحاب فی مسأله البیع المذکوره العدم.

الا أن هذه الروایه أیضا معارضه بما رواه

الشیخ فی الموثق عن عثمان بن عیسی الکلالی (۱)عن ابی الحسن الأول(علیه السلام) قال:

«سألته عن امرأه دبرت جاریه لها فولدت الجاریه جاریه نفیسه،فلم تدر المرأه المولوده مدبره أو غیر مدبره،فقال:لی متی کان الحمل بالمدبره أقبل أن دبرت أم بعد ما دبرت؟فقلت:

لست أدری،و لکن أجبنی فیهما جمیعا فقال:ان کانت المرأه دبرت و بها حبل، و لم تذکر ما فی بطنها فالجاریه مدبره و الولد رق،و ان کان انما حدث الحمل بعد التدبیر فالولد مدبر فی تدبیر أمه». و رواه الصدوق مرسلا،و زاد«لان الحمل انما حدث بعد التدبیر»و هی ظاهره فی أنه فی صوره العلم بالحمل و عدم إدخاله فی التدبیر لا یسری التدبیر الیه،بل یبقی علی الرقیه کما هو أحد القولین فی المسأله.

و بالجمله فالمسأله کما عرفت محل اشکال و علی القول المشهور فحیث یشترط المشتری الحمل یدخل فی المبیع و ان کان مجهولا،لانضمامه الی المعلوم، و تبعیته له،و علی هذا فلا فرق بین ان یقول البائع:بعتک الجاریه و حملها،أو شرطت لک حملها،أو بعتک هذه الأمه بکذا و حملها،لان الظاهر ان حملها عطف علی الأمه کما فی المثال الأول.

و نقل عن العلامه فی التذکره البطلان فی الصوره الأولی،لأنه مجهول، و فیه ما تقدم تحقیقه سابقا فی مسأله الضمائم،من أنه لا یضر جهله مع تبعیته للمعلوم، کما دلت علیه نصوص المسأله حسبما تقدم،و لو کان الحمل غیر معلوم و أراد إدخاله فی البیع فالعباره الثانیه لا غیر،کذا صرح به شیخنا الشهید الثانی.

قال المحقق الأردبیلی بعد نقل ذلک عنه:و کأنه نظر الی أن بیع ما لم یعلم

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۲۶۰ الفقیه ج ۳ ص ۷۱ مع اختلاف یسیر.

وجوده غير معقول،بخلاف الشرط،و فى الشرط أيضا تأمل،و الظاهر أنه يجوز و يؤل الى تقدير الوجود و السلامه،و لعل مثله إذا كان منضما و تابعا لا يضر،لعموم الأدله و التراضى.انتهى.

قالوا.و لو لم يشترطه المشترى و احتمل وجوده عند العقد و عدمه-بأن ولدته فى وقت يحتمل كونه عند البيع موجودا و عدمه-فهو للمشترى،لأصاله عدم وجوده سابقا،فلو اختلفا فى وقت البيع كذلك قدم قول البائع بيمينه مع عدم البينه،و هو بناء على القول المذكور.

و كذا لو شرطه فسقط قبل القبض أو بعده فى زمن خيار الحيوان،فإنه يكون من مال البائع،فيرجع المشترى على البائع بنسبته من الثمن،بأن تقوم حاملا و مجهضا أى مسقطا لا حابلا،كما وقع فى بعض العبارات كعباره الشرائع و غيره، و لانه المطابق للواقع،و للاختلاف بين الحالين،فان الإجهاض فى الأمه عيب ربما نقصت به القيمه،إذ هى فى حال الإجهاض مريضه،فيرجع بنسبه التفاوت بين القيمتين كما تقدم تحقيقه.

و الظاهر أنه لا خلاف فى أن البيض تابع للبايض،لا كالحمل،بل هو للمشترى مطلقا،لانه تابع كسائر أجزائه،و لا يصح اشتراط البائع له على قول الشيخ فى المبسوط و من تبعه،و بذلك صرح فى الكتاب المذكور،فقال:لو باع البائض دخل البيض على طريق البيع و ان شرط لنفسه لم يجز،و رده المتأخرون بأنه شرط سائغ،و يؤيده أن ما ادعاه الشيخ من الجزئيه و أنه كعضو من أعضائه قد عرفت ما فيه،فلا مانع من صحه الشرط المذكور.

ص :٣٩۴

تذنیب

قال:الشیخ فی المبسوط لو باع جاریه حبلی بولد لم یجز،لان الحمل مستثنی، و هذا یمنع صحه البیع،و تبعه ابن البراج فی المهذب،و رد ذلک بما تقدم،لان کلامه هنا کما تقدم مبنی علی کون الحمل کعضو من أعضاء الحامل و جزء من أجزائها،و فیه ما عرفت آنفا.و الله العالم.

المسأله الثانیه [فی أن العبد هل یملک شیئا؟]

-اختلف الأصحاب فی أن العبد هل یملک شیئا أم لا،فقیل:

یملک مطلقا،و نسبه فی التذکره إلی أنه المشهور،و قیل:یملک مطلقا،و نسبه شیخنا الشهید الثانی فی المسالک إلی الأکثر،و هو اختیار المحقق فی الشرائع،و قیل:

یملک فاضل الضریبه،و قیل:أرش الجنایه.

و الذی وقفت علیه من الروایات المتعلقه بهذه المسأله

صحیحه عمر بن یزید (1)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن رجل أراد أن یعتق مملوکا له،و قد کان مولاه یأخذ منه ضریبه فرضها علیه فی کل سنه و رضی بذلک المولی،فأصاب المملوک فی تجارته سوی ما کان یعطی مولاه من الضریبه،فقال:إذا أدی الی سیده ما کان فرض علیه فما اکتسب بعد الفریضه فهو للمملوک،ثم قال-أبو عبد الله(علیه السلام):

أ لیس قد فرض الله تعالی علی العباد فرائض فإذا أدوها الیه لم یسألهم عما سواها، قلت:فللمملوک ان یتصدق مما اکتسب و یعتق بعد الفریضه التی کان یؤدیها إلی سیده؟قال:نعم و أجر ذلک له،قلت:فإن أعتق مملوکا مما اکتسب سوی الفریضه لمن یکون ولاء المعتق؟قال:فقال:یذهب فیتوالی الی من أحب،فإذا ضمن جریرته و عقله کان مولاه و ورثه،قلت له:أ لیس قال رسول الله(صلی الله علیه و آله):

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۲۲۴.

الولاء لمن أعتق؟قال:فقال:هـذا سائبه لا يكون ولاؤه لعبـد مثله،قلت:فان ضـمن العبد الذى أعتقه جريرته و حدثه أ يلزمه ذلك و يكون مولاه و يرثه؟قال:فقال:

لا يجوز ذلك و لا يرث عبد حرا».

و صحيحه إسحاق بن عمار (۱)قال:

«قلت:لأبى عبـد الله(عليه السـلام) ما تقول:في رجل يهب لعبـده ألف درهم أو أقل أو أكثر،فيقول:حللنى من ضـربى إياك،و من كـل مـا كـان منى إليك،مما أخفتك و أرهبتك فيحلله فيجعله فى حل رغبه فيما أعطاه،ثم ان المولى بعـد أصاب الـدراهم التى أعطاه فى موضع قد وضـعها فيه العبد و أخذها المولى إحلال هى له؟فقال:لا تحل له،لأنه افتدى بها نفسه من العبد مخافه العقوبه و القصـاص يوم القيـامه،قـال:فقلت له:فعلى العبـد أن يزكيها إذا حال عليها الحول؟قال:لا الا أن يعمل له بها،و لا يعطى العبـد من الزكاه شيئا.

و روايه إسحاق بن عمار (۲)المذكوره عن جعفر عن أبيه

أن عليا (عليه السلام)أعتق عبدا له فقال:له ان ملكك لى و لكن قد تركته لك».

و روايه أبى جرير (۳)قال:

«سألت أبا جعفر(عليه السلام)عن رجل قال:

لمملوكه أنت حر و لى مالـك،قـال:لاـ يبـدأ بـالحريه قبل المال يقول لى مالك و أنت حر برضا المملوك(فان ذلك أحب الى) (۴).

و التقريب فيه أنه إذا بدء بالعتق صار حرا و لم يجز له أخذ ماله،و إذا بدء بالمال فان فيه تصـريحا بأن العتق بإزاء المال،فإذا رضى المملوك بذلك انعتق و صار المال للمولى،و هو ظاهر فى الملك.

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۲۲۵.
۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۲۳۷.
۳- ۳) التهذيب ج ۸ ص ۲۲۴.
۴- ۴) ما بين القوسين زياده من الكافى.

و صحیحه الفضل بن یسار (۱)قال:

«قال غلام سندی لأبی عبد الله(علیه السلام) انی قلت لمولای:بعنی بسبعمأه درهم،و أنا أعطیک ثلاثمأه درهم،فقال له أبو عبد الله(علیه السلام)ان کان یوم شرطت لک مال؟فعلیک أن تعطیه،و ان لم یکن لک یومئذ فلیس علیک شیء». و هی ظاهره فی الملک.

و أما ما ذکره بعض مشایخنا المحققین من متأخری المتأخرین من أن هذه الروایه أوفق بالقول بعدم مالکیه العبد،لانه لو کان له مال فهو من مال البائع،فلذا یلزمه أداؤه لا بالشرط،و إذا لم یکن مال و حصله عند المشتری فهو من مال المشتری.انتهی.

ففیه من العبد عن سیاق الخبر المذکور،ما لا یخفی،فان ظاهره ینادی بخلافه،لأن قوله ان کان یوم شرطت لک مال ظاهر فی الملک کما هو مدلول اللام،أو الاختصاص الراجع الی الملک،و ظاهره أن الإعطاء انما هو من حیث الشرط،لا من حیث إنه مال البائع.

و بالجمله فالظاهر ان ما ذکره(قدس سره)لا یخلو من تعسف،و کأنه أراد بذلک الانتصار للقول المشهور کما سیأتی ذکره إنشاء الله تعالی.

احتج العلامه فی التذکره علی ما ذهب الیه من القول الأول بقوله عز و جل (۲)«ضَرَبَ اللّٰهُ مَثَلاً عَبْداً مَمْلُوکاً لاٰ یَقْدِرُ عَلیٰ شَیْءٍ» و قوله تعالی (۳)«ضَرَبَ لَکُمْ مَثَلاً مِنْ أَنْفُسِکُمْ هَلْ لَکُمْ مِنْ مٰا مَلَکَتْ أَیْمٰانُکُمْ مِنْ شُرَکٰاءَ فِی مٰا رَزَقْنٰاکُمْ فَأَنْتُمْ فِیهِ سَوٰاءٌ» .

و أنت خبیر بما فیه فان غایه ما یفهم منها انما هو الحجر علیه فی نفسه و ماله،و انه

ص: ۳۹۷

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۲۴۶ و بسند آخر مثله منه رحمه الله.

۲- ۲) سوره النحل الآیه ۷۵.

۳- ۳) سوره الروم الآیه-۲۸.

ليس له التصرف فيهما إلا بإذن سيده،فهو من حيث هو لا يقدر على شيء إلا ما أقدره عليه مولاه و ملكه،أو أذن له بالكسب و نحوه حسبما دلت عليه الاخبار المتقدمه.

و يؤيده الأخبار الوارده فى معنى الآيه الاولى من أنه ليس له نكاح و لا طلاق إذا أنكحه مولاه أمته إلا بإذن المولى،

ففى بعضها (۱)قال:

«سألته عن العبد هل يجوز طلاقه؟قال:ان كان أمتك فلا،ان الله عز و جل يقول «عَبْداً مَمْلُوكاً لاٰ يَقْدِرُ عَلىٰ شَيْءٍ» .

و نحوه أخبار عديده و مرجع الجميع الى المنع من التصرف إلا بإذن سيده.

و الآيه الثانيه ظاهرها انه ليس له حق و لا شركه فى مال المولى،و لا دلاله لها على عدم الملك إذا ملكه أو اذن له فى تملك مال الغير بالكسب و التجاره و نحو ذلك،بل الظاهر انه يحصل له ذلك كالعبيد بالنسبه الى الله عز و جل.

و بالجمله فإنه لا دلاله فيهما على نفى تملكه لما ملكه سيده،أو أذن له فيه كما هو المدعى،و ظاهر الأصحاب على تقدير القول بتملكه الاتفاق على انه محجور عليه،و لكن ظاهر الاخبار المتقدمه العدم،فإنها كالصريحه فى استقلاله،سيما صحيحه عمر بن يزيد و قوله فيها«انه يتصدق و يعتق و أجر ذلك له»الا انه ربما نافر ذلك نفى الزكاه عنه،فى صحيحه إسحاق بن عمار،إذ لو كان مالكا للتصرف كملكه للمال،لما كان لنفى وجوب الزكاه وجه،و فى معنى هذه الروايه أخبار أخر،تقدمت فى كتاب الزكاه،و الظاهر انه لا وجه لذلك مع الحكم بملكه الا كونه محجورا عليه،و يدل عليه ما رواه

فى كتاب قرب الاسناد عن عبد الله بن الحسن عن على بن جعفر (۲)عن أخيه موسى(عليه السلام) قال:

«ليس على المملوك

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۳۴۸.
۲- ۲) الوسائل الباب-۴-من أبواب من تجب عليه الزكاه.

زكاه إلا بإذن مواليه». و حينئذ فيجب حمل إطلاق ما ظاهره الاستقلال على هذه الروايه،و قد تقدم تحقيق القول فى ذلك فى كتاب الزكاه و الله العالم.

المسأله الثالثه [فى حكم من اشترى عبدا و له مال]

اشاره

-اختلف الأصحاب فيما إذا اشترى عبدا أو أمه و له مال فقال الشيخ فى النهايه و الشيخ المفيد:ان المال للبائع الا ان يشترطه المبتاع،سواء كان ماله أكثر من ثمنه أو أقل.

و قال سلار:و ابتياع العبيد الذين لهم مال بأقل مما معهم جائزه و قال ابن الجنيد إذا شرطه المشترى و كان الثمن زائدا على قدر المال من جنسه جاز البيع، و ان كان المال عروضا يساوى قدر الثمن أو دونه و أو أكثر منه جاز ايضا و ان كان الثمن من جنس مال العبد و مال العبد أكثر من الثمن لم يجز.

و قال الشيخ فى الخلاف:إذا كان مع العبد مائه درهم فباعه بمائه درهم لم يصح البيع،فان باعه بمائه و درهم صح.و قال فى المبسوط:إذا باعه سيده و فى يده مال و شرط ان يكون للمبتاع صح البيع إذا كان المال معلوما و انتفى عنه الربا، فان كان معه مائه درهم فباعه بمائه درهم لم يصح،فان باعه بمائه و درهم صح،ثم قال:و إذا باع عبدا قد ملكه ألفا بخمسمأه صح البيع على قول من يقول:انه يملك،و لو باع ألفا بخمسمأه لم يصح،لانه ربا،و الفرق بينهما انه إذا باع العبد، فإنما يبيع رقبته مع بقاء ما ملكه عليه فصح ذلك،و لم يصح بيع الالف بخمسمأه.

و قال ابن البراج و أبو الصلاح إذا ابتاع عبدا أو أمه و له مال فهو للبائع الا ان يشترطه فى عقد البيع فيكون له.

و قال ابن حمزه:لو باعه مع المال صح ان كان الثمن أكثر مما معه ان كان من جنسه،و ان كان من غير جنس ما معه صح على كل حال،و ان لم يعرف

مقـدار ما معه و باع بجنسه لم يصح، (۱)و ان باع بغير جنسه صـح،و ان باع المملوک دون المال صـح،فان شاء سوغه المال،و ان شاء استرده.و ابن إدريس فصل كذلک.

و قال العلامه فى المختلف بعد نقل هذه الأقوال:و التحقيق ان نقول:

ان كان الثمن و ما مع العبـد ربويين و اتفقا جنسا اشترط زياده الثمن على ما فى يـد العبد،و الا فلا،لنا انه على التقدير الأول لولاه لثبت الربا المحرم،و على التقـدير الثانى ان المقتضـى للصـحه موجود،و هو البيع الصادر عن أهله فى محله،و المانع و هو مفسـده الربا منتف هنا.

و نقل فى المختلف و المسالک عن ابن البراج القول بالتفصـيل بين علم البائع بالمال و عدمه،فان لم يعلم به فهو له،و ان علم فهو للمشترى.

و الأصل فى هذه الاختلافات الأخبار الوارده فى المسأله،و منها ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن محمد بن مسلم (۲)عن أحدهما(عليهما السلام) قال:

«سـألته عن رجل باع مملوكا فوجـد له مالا فقال:المال للبائع،إنما باع نفسه،الا أن يكون شـرط عليه أن ما كان له من مال أو متاع فهو له».

و هـذه الروايه داله على مـا ذهب اليه الشـيخان ممـا قـدمناه نقله عنهمـا و الظاهر أنه هو المشـهور،و به صـرح المحقق و العلامه و غيرهما،و هو جيد بناء على القول

ص: ۴۰۰

۱- ۱) قال فى المختلف و قول ابن حمزه ان لم يعرف مقـدار ما معه و باعه بغير جنسه صح،و ان باعه بجنسه لم يصح،لان الجهل يسـتلزم جواز تطرق الربـا،لكن يبقى فيه اشـكال من حيث انه بـاع مجهولاـالا ان يقال ان المال تابع و جهاله التابع لا تمنع صـحه البيع:انتهى و هو جيد منه رحمه الله.

۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۲۱۳ التهذيب ج ۷ ص ۷۱.

بعدم ملک العبد کما هو المشهور بینهم،و اما علی القول بملکه فیشکل ذلک،لما عرفت من الاخبار المتقدمه فی سابق هذه المسأله،و سیأتی إنشاء الله تعالی بیان وجه التأویل فیه،بما یرجع به الی الاخبار المتقدمه.

و منها ما رواه

المشایخ الثلاثه(نور الله تعالی مراقدهم)فی الصحیح عن زراره (۱)قال:

«قلت لأبی عبد الله(علیه السلام):الرجل یشتری المملوک و له مال لمن ماله؟فقال:ان کان علم البائع ان له مالا فهو للمشتری،و ان لم یکن علم فهو للبائع». و رواه فی الفقیه عن جمیل عن زراره أیضا،و هذا الخبر ظاهر فیما قدمنا نقله عن ابن البراج،الا أنه یشکل علی کل من القولین بملکیه العبد و عدمها، بأن الملک لا ینتقل إلی المشتری بمجرد العلم من دون صیغه ناقله تدل علی الملک.

و جمله الأصحاب حملوا الروایه علی اشتراط البائع للمشتری ذلک و هو جید بناء علی القول بعدم تملک العبد،أما علی القول به فیبقی الاشکال من هذه الجهه فی الحکم بکونه للبائع أو المشتری،فان ملک المالک لا ینتقل عنه الا برضا منه، و الحال أن العبد لا مدخل له فی هذا النقل.

و العجب أنه قد ذکر هذه المسأله من قال بتملک العبد و من أحاله،و لا مخرج من هذا الإشکال-فی هذا الخبر و سابقه-الا بأن یقال:ان هذین الخبرین محمولان علی کون المال للمولی،و أن الإضافه للعبد لأدنی ملابسه،کما قالوا فی کوکب الخرقاء،و ذلک مثل ثیابه و فراشه و نحوها،فإن الإضافه تصدق بذلک،و الخبر الثانی کما عرفت محمول علی اشتراط البائع للمشتری ذلک،فهذان الخبران و نحوهما لا تدلان علی تملک العبد و لا علی عدمه.

و اما ما ربما یدل علی عدم تملک العبد من الاخبار فهو محمول علی الحجر

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۱۳ التهذیب ج ۷ ص ۷۱ الفقیه ج ۳ ص ۱۳۸.

علیه فی التصرف بدون اذن المولی،فکأنه من حیث المنع من التصرف لیس بمالک و بهذا الطریق یجمع بین أخبار المسأله،و یزول عنها الاختلاف،و هو یقتضی رجحان القول بتملک العبد کما قدمنا ذکره.

و أما الجمع بینها-بما ذکره شیخنا الشهید الثانی(قدس سره)فی المسالک -من حمل الأخبار الداله علی تملک العبد-علی محض اباحه التصرف بکونه مأذونا لا ملک الرقبه (۱)فهو و ان تم فیما أورده من الاخبار المشتمله علی اضافه المال الیه، الا أنه لا یتم فیما قدمناه من الاخبار فی سابق هذه المسأله الصریحه فی ملک الرقبه و أنه یتصدق و یعتق من ماله.

و منها ما رواه

الصدوق فی الفقیه عن یحیی بن أبی العلاء (۲)عن أبی عبد الله (علیه السلام)عن أبیه(علیه السلام) قال:

«من باع عبدا و کان للعبد مال فالمال للبائع الا أن یشترط المبتاع،أمر رسول الله(صلی الله علیه و آله)بذلک».

و الکلام فی هذه الروایه کما تقدم فی صحیحه محمد بن مسلم،قال فی الفقیه مشیرا الی هذا الحدیث و حدیث جمیل بن دراج عن زراره (۳)المتقدم هذا ان الحدیثان متفقان و لیسا بمختلفین،و ذلک أن من باع مملوکا و اشترط المشتری ماله، فان لم یعلم البائع به فالمال للمشتری،و متی لم یشترط المشتری ماله و لم یعلم البائع أن له مالا فالمال للبائع،و متی علم البائع ان له مالا و لم یستثن به عند البیع فالمال للمشتری انتهی.

---

۱ – ۱) قال(قدس سره):و لا ـ یندفع الإشکال إلا ـ إذا قلت:المراد بملکیه العبد تسلطه علی الانتفاع بما قیل بملکه له،لا بملک الرقبه،کما نقله فی الدروس عن بعض القائلین بالملک،فیکون الملک علی هذا الوجه غیر مناف لملک البائع للرقبه علی وجه یتوجه به نقله إلی المشتری أو بقاؤه علی ملکه«انتهی منه رحمه الله».

۲– ۲) الفقیه ج ۳ ص ۱۳۸.

۳– ۳) الفقیه ج ۳ ص ۱۳۸.

أقول مفهوم صدر عبارته أنه متى اشترط المشتري مع علم البائع بالمال فالمال للبائع،و ليس كذلك فان ظاهر صحيحه محمد بن مسلم و خبر يحيى المذكور أنه مع الشرط يكون للمشترى علم البائع بالمال أو لم يعلم.

و غايه ما يدل عليه خبر جميل عن زراره هو أنه مع علم البائع يكون للمشترى، و مع عدم علمه يكون له،لا للمشترى أعم من أن يشترطه المشتري أو لم يشترط، و إذا قيد إطلاقه بالخبرين المذكورين جمعا بين الاخبار لزمه أنه مع الشرط يكون للمشترى،علم البائع أو لم يعلم،و اما مع عدم الشرط فهو كما ذكره من التفصيل، و العجب أن جمله من المحدثين نقلوا كلامه كصاحب الوافى و صاحب الوسائل و لم يتنبهوا لما فيه.

و منها ما رواه

الشيخ(عطر الله مرقده)فى الأمالى بسنده فيه عن الزهرى عن سالم عن أبيه (۱)قال:

«قال رسول الله(صلى الله عليه و آله):من باع عبدا و له مال فالمال للبائع الا أن يشترط المشترى». و هذا الخبر دال على ما دل عليه خبر يحيى و صحيح محمد بن مسلم،و هذه الاخبار الثلاثه مستند الشيخين فيما تقدم نقله عنهما،و قد عرفت تحقيق القول فيها.

و منها ما رواه

فى الفقيه فى الصحيح عن زراره (۲)عن أبى عبد الله(عليه السلام) قال:

«قلت له:الرجل يشترى المملوك و ماله؟فقال:لا بأس،قلت:فيكون مال المملوك أكثر مما اشتراه به فقال لا بأس به».

و رواه الشيخ فى التهذيب بسند فيه على بن حديد و هو ضعيف و هذا الخبر فيه اشكال من وجهين،أحدهما-أنه انما يتجه على القول بعدم صحه تملك العبد، و قد عرفت الجواب عن ذلك بما تقدم فى نظائره،و الثانى-ما ذكره الأصحاب مما

۱- ۱) الوسائل الباب ۷ من أبواب بيع الحيوان الرقم-۵.

۲- ۲) الفقيه ج ۳ ص ۱۳۹ التهذيب ج ۷ ص ۷۱.

قـدمنا نقله عنهم من عـدم الصـحه فی هذه الصوره علی إطلاقها،للزوم الربا فی بعض الموارد (۱)الا أن یقیـد الخبر بکون المالین غیر ربویین،أو اختلاف الجنس،و به أجاب الأصـحاب عن الخبر المذکور،و زاد العلامه الطعن فی الخبر بالضعف،و هو متجه بناء علی روایه الشیخ،و اما علی روایه الصدوق له فهو صحیح لا یتطرق الیه الطعن من هذه الجهه.

و بالجمله فالظاهر حمله علی ما ذکرناه لینـدفع عنه تطرق الوقوع فی الربا، بل اشتراط قبض مقابل الربوی فی المجلس إذا اختلف الجنسـان و کانـا ربویین، و الظـاهر حمل کلام الشـیخین-فیما قـدمنا نقله عنهما من إطلاق الصـحه سواء کان مال العبـد أکثر من الثمن أو أقل-علی ما ذکرناه.

و العجب هنا من المحقق(قـدس سـره)فی الشـرائع فإنه اختار فی المسأله الأولی القول بملک العبـد مطلقا الا أنه محجور علیه فی التصـرف بـدون اذن السـید،و اختار فی هذه المسأله ما قدمنا نقله عنه من أن المال للبائع،الا أن یشترطه المشتری،و أنت خبیر بأن حکمه بالملک ظاهر فی أن المراد لملک الرقبه،و لا یمکن تأویله بما تقـدم و متی کان کـذلک فکیف یصـح انتقاله عن مالکه بمجرد بیعه-سواء کان-الی البائع، أو المشتری و هو ظاهر.و الله العالم.

تذنیب

قـال الشـیخ فی النهـایه:إذا قـال مملوک انسـان لغیره:اشترنی فإنـک إذا اشتریتنی کـان لـک علی شـیء معلوم فـاشتراه،فـان کـان للمملوک فی حال ما قال ذلک له مال لزمه

---

۱ - ۱) و هـو مـا لـو کـان المـال ربویـا و بیـع بجنسـه،فـإنه لاـ بـد فی الخروج عن لزوم الربـا من زیـاده فی الثمن عن مـاله تقـابل المملوک،ثم انه ینبغی أن یعلم أن لزوم الربا فی الصوره المـذکوره انما یتجه علی القول بعدم ملک العبد بالکلیه،أو ملکه بمعنی جواز التصـرف بأن یکون أصل رقبه المال للمولی،و الا فلو قلنا بملک العبـد،و أن له کما اخترناه فإنه لا یشترط فی الثمن الزیاده کما قدمنا ذکره،لان ماله لیس جزا من المبیع لیقابل بالثمن،بل هو تابع له و هو ظاهر.منه رحمه الله.

ان يعطيه ما شرطه له،و ان لم يكن له مال فی تلك الحال لم يكن عليه شیء،و تبعه ابن البراج،و به صرح جمله من المتأخرين.

و قال ابن إدريس هذه روايه أوردها الشيخ إيرادا لا اعتقادا،لان العبد عندنا لا يملك شيئا،فأما علی قول بعض أصحابنا أنه يملك فاضل الضريبه و أرش الجنايه يصح ذلك،و الصحيح من المذهب انه لا يملك انتهی.

أقول الروايه التی أشار إليها هی صحيحه الفضيل بن يسار المتقدمه فی سابق هذه المسأله،و موردها انما هو الشرط للبائع و هو المولی،و الشيخ و من تبعه من الأصحاب فرضوا المسأله فی اشتراط العبد للمشتری،و الفرق بين الأمرين ظاهر، لانه مع كون الشرط للمشتری كما فرضوه،فان قلنا بعدم ملك العبد بطل الشرط، سواء كان معه مال أم لا،و ان قلنا بملكه-فهو محجور عليه كما قدمنا ذكره-يتوقف صحه جعالته للمشتری علی اذن مولاه،و علی كل من التقديرين فالروايه المذكوره ظاهره فی خلافه،لأنها صريحه فی صحه الشرط المذكور،و لزومه مع وجود المال،و أما مع كون الشرط للمولی،فان قلنا أنه لا يملك فماله لمولاه،و تحمل نسبه المال اليه علی الإضافه لأدنی ملابسته،و ان قلنا انه يملك فالحجر عليه زائل برضا المولی بذلك،و العمل بالروايه متجه علی هذا التقدير.

و التحقيق أن الروايه المذكوره داله علی ملك العبد كما قدمنا ذكره سيما مع اعتضادها بما قدمنا من الاخبار،و حينئذ فشرطه لمولاه صحيح،و الحجر قد ارتفع برضا المولی بذلك.

و أما علی ما ذكروه من عدم تملك العبد و لا سيما مع فرض المسأله علی ما قدمنا نقله عنهم،فلا يخفی ما فيه من الاشكال،و أشكل منه رد الروايه الصحيحه من غير معارض فی المقام و الله العالم.

المسأله الرابعه-إذا حدث فی الحيوان عيب

اشاره

فهيهنا صور،

أحدها أن يكون ذلك العيب سابقا علی البيع مع جهل المشتری به

،و الظاهر انه لا خلاف فی تخير المشتری بين الرد و الإمساك بالأرش،و لا فرق فی ذلك بين الحيوان و غيره.

الثانیه ما لو تجدد بعد العقد و قبل القبض

،و لا ـ خلاـف فی تخیره بین الرد و الإمسـاک و انما الخلاف فی انه مع اختیار الإمساک هل له الأرش أم لا؟المشـهور الأول،و لو هلک قبل القبض فمن البائع،و لو أهلکه أجنبی فللمشتری الفسـخ أو مطالبه الأجنبی،و لو أهلکه البائع فالأقرب تخیر المشتری بین الفسخ،فیطالب بالثمن،و عدمه فیطالب بالقیمه،و ما تقدم من الخیار بین الرد و الإمساک بالأرش کما هو المشـهور مخصوص بما إذا کان العیب من قبل الله سبحانه أو من قبل البائع.

أمـا لو کـان من قبـل أجنبی فعلیه الأرش للمشتری ان التزم بالمبیع،و للبائع ان فسـخ،و لو أتلفه المشتری فهو قبض،و لو جنی علیه فالأقرب انه قبض ایضا،و لو قبض بعض المبیع و هلک الباقی فهو فی ضمان البائع،و للمشتری الفسخ لتبعیض الصفقه.

الثالثه–ما لو قبضه ثم تلف أو حدث فیه عیب فی الثلاثه

،فإنه مضـمون علی البائع ما لم یکن الحدث من المشتری،اما فی صوره التلف فالظاهر ان مسـتنده الإجماع،إذ لا یظهر فیه خلاف عندهم حیث انه لا خلاف فی ان التلف فی زمن الخیار ممن لیس له خیار،و یدل علیه أیضا و علی صوره العیب إطلاق

قول الصادق(علیه السلام)فی مرسله ابن رباط (۱)المتقدمه سابقا

«ان حدث بالحیوان حدث قبل الثلاثه فهو من مال البائع».

ثم انه فی صوره العیب یتخیر بین الرد بخیـار الثلاثه و الإمساک،و الخلاف فی الأرش هنا مع الإمساک کما تقـدم فی سابق هـذه الصوره و فی صوره التلف له الرجوع علی البائع بالثمن،–و العیب الحادث فی الثلاثه الموجب للأرش عند من أوجبه لا یمنع الرد بخیار الثلاثه و لا بخیار العیب السابق.

نعم لا یرد بهذا العیب الحادث،بل له الأرش خاصه،لأنه انما حصل بعد القبض و ان کان فی زمن الخیار الموجب لکونه مضـمونا علی البائع،و ذلک هو الموجب للأرش فقط،هذا کله فیما لو کان الخیار مختصا بالمشتری،و کذا لو

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۶۷.

کـان مشترکـا بینه و بین البائع أو غیره،لان الجمله فیه مضـمونه علی البائع أیضا، أم لو کان الخیار مختصا بالبائع أو مشترکا بینه و بین أجنبی فلا خیار للمشتری، هذا إذا کان العیب من قبل الله تعالی أو من البائع.

و أما لو کان من أجنبی فللمشتری علی ذلک الأجنبی الأرش خاصه،و لو کان بتفریط المشتری فلا شـیء و هکذا الحکم فی غیر الحیوان،و یجری أیضـا فی تلف المبیع أجمع،الاـ ان الرجوع هنا بمجموع القیمه کما تقـدم،فان کان التلف من قبل الله سـبحانه و الخیـار للمشـتری و لو بمشـارکه غیره فـالتلف من البـائع،و الاـ فمن المشـتری،و ان کـان التلف من البـائع أو من أجنـبی و الخیـار للمشتری،فـإن اختـار الفسـخ و الرجوع بـالثمن فـذاک،و إلاـ رجع علی المتلف بالمثـل أو القیمه،و لو کان الخیار للبائع و المتلف أجنبی أو المشتری تخیر و رجع علی المتلف.

الرابعه ما لو حدث العیب بعد القبض و بعد مضی الثلاثه

،فإنه یمنع الرد بالعیب السابق علی العقـد الموجب للخیار مع الجهل،فلا خیار له هنا،لعـدم موجبه، و لانه قد تسـلم المبیع صـحیحا فلیس له ان یرده معیبـا.نعم له الأـرش من حیث العیب السـابق هـذا ملخص کلاـمهم فی المقام،و قـد تقـدم ما فیه المناقضات فی بعض المواضع فی أبواب الخیار و العیوب و الله العالم.

المسأله الخامسه

اشاره

-قیـل:لو اسـتثنی البـائع الرأس و الجلـد کـان شـریکا بقـدر ثنیـاه،و کـذا لو اشترک اثنـان أو جماعه و شـرط أحـدهم ذلک و لو قال:اشتر حیوانا بشـرکتی صـح و ثبت البیع لهما،و علی کل واحـد نصف الثمن،و لو اذن أحـدهما لصاحبه ان ینقد عنه صح،و لو تلف کان بینهما،و له الرجوع علی الأخر بما نقد عنه،و لو قال له:الربح لنا و لا خسران علیک،فیه تردد و المروی الجواز.

أقول:تفصیل هذه الجمله-المنقوله فی هذا المقام و بیان ما اشتملت علیه من الأحکام یقع فی مواضع

الأول-ما لو استثنی البائع الرأس و الجلد مثلا

،و فیه

أقوال،أحدها-ما ذكر هنا،و هو صحه البيع و أنه يكون شريكا بقدر قيمه ثنياه و به قال الشيخ فی النهايه (۱)و المبسوط و الخلاف،و ابن البراج و العلامه فی الإرشاد،و نسبه المحقق فی كتابيه إلی روايه السكونی مؤذنا بنوع توقف فيه.

و الروايه المشار إليها هی ما رواه

الشيخ عن السكونی (۲)عن ابی عبد الله (عليه السلام) قال:

«اختصم الی أمير المؤمنين(عليه السلام)رجلان اشتری أحدهما بعيرا و استثنی البائع الرأس و الجلد،ثم بدا للمشتری أن يبيعه،فقال للمشتری:

هو شريكك فی البعير علی قدر الرأس و الجلد». و رواه الكلينی مثله أقول المراد بلفظ «المشتری الثانی»هو المشتری الثانی.

و نحو هذه الروايه أيضا ما رواه

الصدوق عطر الله مرقده فی كتاب عيون أخبار الرضا بأسانيد ثلاثه (۳)عنه عن آبائه عن الحسين بن علی(عليه السلام)

«انه قال:

اختصم الی علی(صلوات الله عليه)رجلان أحدهما باع الأخر بعيرا و استثنی الرأس و الجلد،ثم بدا له أن ينحره،قال:هو شريكه فی البعير علی قدر الرأس و الجلد».

و علل أيضا بأن البائع قد قبض ما يساوی المبيع،و بقی من القيمه ما يساوی المستثنی،فيكون البائع شريكا بما يساوی المستثنی،لان اجزاء الثمن مقسطه

ص :۴۰۸

۱- ۱) قال الشيخ فی النهايه:إذا باع الإنسان بعيرا أو بقرا أو غنما و استثنی الرأس و الجلد كان شريكا للمبتاع بقدر الرأس و الجلد،و نحوه كلامه فی الكتابين الآخرين،و قال الشيخ المفيد:لا بأس أن يشترط البائع علی المبتاع شيئا يستثنيه مما باعه،مثل أن يبيعه شاه و يستثنی عليه جلدها و رأسها بعد الذبح،و نحوه عبائر من وافق الشيخ المفيد فی ذلك، منه رحمه الله.

۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۸۱ الكافی ج ۵ ص ۳۰۴.

۳- ۳) الوسائل الباب-۲۲-من أبواب بيع الحيوان الرقم ۳.

على اجزاء المبيع،و يلغو التعيين،فلو فرضنا أن الحيوان كملا قيمته عشره دراهم و قيمه ما استثنى درهمان كان شريكا بالخمس و ثانيها صحه البيع و الاستثناء و انه يكون له ما استثنى،و هو قول الشيخ المفيد و السيد المرتضى و ابى الصلاح،و ابن الجنيد و ابن إدريس،و علل بأنه استثنى شيئا معلوما من معلوم،و عقد البيع غير مانع من اشتراط ما هو معلوم،لقوله(عليه السلام)«الشرط جائز بين المسلمين».

و ثالثها-بطلان البيع بهذا الاستثناء لأدائه إلى الضرر و التنازع،لأن المشترى قد يختار التبقيه و فيها منع البائع من الانتفاع بما فى تملكه،و جاز أن يؤل حاله الى نقص أو عدم الانتفاع به،بجواز موته،و ان اختار البائع الذبح لأجل أخذ ما شرطه كان فيه منع لتسلط المشترى على ماله،كالانتفاع به فى نفسه كالانتفاع بظهره و لبنه و نتاجه،و هذا القول نقله ابن فهد فى المهذب و لم أقف على قائله.

و رابعها ما اختاره العلامه فى المختلف و شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك من البطلان،الا ان يكون مذبوحه أو اشتراها للذبح،فإنه يجوز الاستثناء،قال شيخنا المشار إليه فى المسالك بعد ذكر عباره المحقق المشار إليها آنفا:لم يفرق بين المذبوح و ما يراد ذبحه و غيره،و هو أحد الأقوال فى المسأله،لإطلاق الروايه،الا أن المستند ضعيف،و الجهاله متحققه،و الشركه المشاعه غير مقصوده و القول بالبطلان متجه،الا ان يكون مذبوحا أو يراد ذبحه،فيقوى صحه، الشرط.انتهى.

أقول:لا يخفى أن إلا وفق بالقواعد الشرعيه هو القول الرابع لما ذكره فى المسالك،و يمكن أن يحمل عليه القول الثانى،فإن ظاهر عباره الشيخ المفيد هو كون الشرط المذكور انما هو فيما يراد ذبحه،حيث قال:لا بأس أن يشترط البائع على المبتاع شيئا يستثنيه مما باعه،مثل ان يبيعه شاه و يستثنى عليه جلدها أو رأسها بعد الذبح.

و يمكن حمل إطلاق كلام غيره على ذلك أيضا،الا ان ظاهر كلام ابن إدريس العموم،و يؤيده انه يبعد استثناء الرأس و الجلد فيما لا يراد ذبحه،إذ لا ثمره

يترتب عليه،و يؤيده أيضا انهم قد صرحوا كما تقدم بأنه لا يجوز بيع جزء معين من الحيوان كيده و رجله و نحوهما،و انما يجوز مشاعا كنصفه و ربعه مثلا، و الاستثناء فى معنى البيع،و بهذا رد العلامه فى المختلف على هذا القول،فقال بعد تعليل عدم صحه الاستثناء مع التبقيه و عدم الذبح بما فيه من الجهاله و تضرر الشريك لو أراد أخذ حقه،و ضرره لو أجبر على بقائه-ما صورته:و لانه لا يجوز افراده بالبيع،فلا يجوز استثناؤه،و البيع انما يكون حلالا لو وقع على وجهه،و هو ممنوع هنا انتهى.

إلاـ أنك قد عرفت دلاله الروايتين المتقدمتين-بإطلاقهما على الصحه مطلقا، و أنه يكون شريكا مع المشترى فى كل الحيوان بقدر قيمه الرأس و الجلد،فتنسب القيمه إلى ثمن المشترى،و يكون له بتلك النسبه من جميع اجزاء الحيوان،و يكون الباقى للمشترى،و يؤيد الخبرين المذكورين خبر الغنوى الاـتى فيمكن القول بالخبرين المذكورين،و حمل بعض الأصحاب خبر السكونى على انه كان المقصود الذبح ثم حصل العدول عن ذلك،فيكون البيع صحيحا و يكون شريكا للمشترى بمقدار قيمه ما استثنى،الا أن هذا الحمل لا يجرى فى خبر العيون،حيث صرح فيه بعدم اراده نحره،و مع ذلك حكم بالتشريك فى الجميع بنسبه قيمه ما استثناه و المسأله لا يخلو من الاشكال،و ان كان القول الأول هو الأقرب.

الثانى-ما لو اشترک اثنان أو جماعه و شرط أحدهم ذلک

اشاره

،و ظاهر جمله من الأصحاب-منهم العلامه فى المختلف و شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك-ما هو اجراء حكم المسأله الاولى فى هذه المسأله،فحكموا بصحه الشرط مع الذبح أو إرادته،و البطلان مع عدم ذلك،قال فى المسالك فى تتمه العباره المنقوله عنه آنفا:و كذا القول فيما لو اشترك فيه جماعه و شرط أحدهم ذلك.انتهى.

أقول:

قد روى الشيخ عن هارون بن حمزه الغنوى (۱)عن ابى عبد الله

ص: ۴۱۰

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۷۹.

(علیه السلام) «فی رجل شهد بعیرا مریضا یباع فاشتراه رجل بعشره دراهم فأشرک فیه رجلا بدرهمین بالرأس و الجلد،فقضی أن البعیر بریء فبلغ ثمانیه دنانیر قال:

فقال:لصاحب الدرهمین خمس ما بلغ،فان قال:أرید الرأس و الجلد،فلیس، له ذلک،هذا الضرار،و قد أعطی حقه إذا أعطی الخمس».

و أنت خبیر بأن ظاهر الخبر ان شراء البعیر حال المرض و اشتراک الرجل الأخر بالرأس و الجلد انما وقع من حیث اراده الذبح،و لکن لما اتفق أنه بریء و لم یذبح و بلغ قیمه زائده حکم(علیه السلام)لدفع الضرر من الطرفین و صلحا بینهما بالتشریک فی البعیر،بنسبه ما دفع من قیمه الرأس و الجلد،و لو طلبهما اتی الضرار المنهی عنه متی أعطی بنسبه ما دفعه من جمیع البعیر،و علی هذا یمکن حمل حدیث السکونی المتقدم،و به یندفع ما تعلق به القائل بالإبطال من لزوم الضرر متی أراد المشتری التبقیه،و أراد صاحب الرأس و الجلد الذبح لأجل أخذ ماله،فان فی ترجیح إراده أحدهما ضرر علی الأخر الا انه یبقی الإشکال فی خبر العیون حیث تضمن نحر البعیر و لعل لفظ(لا)سقط من البین فإنه مع عدم سقوطها لا یناسب سیاق الخبر ایضا من قوله ثم بدا له،إذ الظاهر ان أصل الشراء و اشتراط الجلد و الرأس انما وقع من حیث اراده النحر،و علی هذا لا معنی لقوله«ثم بدا له ان ینحره»و انما المناسب ثم بدا له ان لا ینحره و بما ذکرنا یظهر قوه مذهب الشیخ فی المسأله المتقدمه.

و اما ما ذکره بعض محققی متأخری المتأخرین من احتمال طرح الروایتین اعنی روایتی السکونی و الغنوی لضعفهما و مخالفتهما القواعد،ففیه ما عرفت فی غیر موضع مما تقدم ان الطعن بالضعف غیر معتمد عندنا،و لا وارد علی المتقدمین الذین لا اثر لهذا الاصطلاح عندهم،و ان الأظهر هو الوقوف علی ما دلت علیه الاخبار فی کل حکم سیما مع عدم المخالف من الاخبار،و تخصیص تلک القواعد ان ثبت بالنص،و الا فإنه لا یلتفت إلیها فی مقابله الاخبار و ان ضعفت باصطلاحهم.

ص :۴۱۱

تذنيب

قال:سلار:کل شرط يشترط البائع على المبتاع من رأس ذبيحه يبيعها و جلدها أو بعضها بالوزن جائز.

أقول:و ظاهره يعطى جواز استثناء البعض كاللحم بالوزن،و قال ابن الجنيد:لا يجوز،لان مواضع اللحم تتفاضل،و أقله ما يختلط به من العظم و غيره و كثرته،فان حدد المكان بما لا يختلط بغيره جاز.انتهى و استحسنه العلامه فى المختلف،و أنت خبير بان ظاهر عباره سلار هنا كما قدمنا ذكره من عباره الشيخ المفيد من ان الشرط المذكور انما هو مع الذبح أو إرادته كما يخفى و الله العالم.

الثالث-ما لو قال اشتر حيوانا بشركتى

الى آخره الوجه فى لزوم نصف الثمن مع الأمر بشراء الحيوان بالمشاركه ان الأمر توكيل بالشراء بالشركه بينه و بين المأمور،و الشراء لا يكون الا بالثمن،و الظاهر من الشركه هو التساوى باعتبار إراده الشركه فى كل جزء جزء منه فيحمل عليه الكلام الا ان ينصب قرينه على خلاف ذلک،و حينئذ فلو اذن له فى أداء الثمن عنه و أدى عنه رجع به عليه و الاذن أعم من الصريح و الفحوى مثل ان يأمره بشراء حيوان من مكان بعيد و المجيء به مع العلم بأنه لا يكون ذلك الا بعد أداء الثمن،اما لو ادى عنه بغير اذنه فلا يلزمه العوض لانه متبرع فى أداء دين غيره،و قد تقرر ان تبرع بأداء دين غيره لا يرجع بذلك على المديون.

و الظاهر من كلام الأكثر و به صرح العلامه فى التذكره و غيرها أنه لا يكفى الإذن بالشراء فى الاذن بأداء الثمن لأنه أعم منه بل لا بد من الاذن بالأداء صريحا أو فحوى.

و يظهر من كلام شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك الاكتفاء بذلك قال:و الحق انه يرجع عليه بمجرد الاذن فيه،و ان كان ذلك أعم منه لدلاله القرائن عليه،و عدم حصول ما يقتضى التبرع انتهى و أيده بعضهم بأنه رضى بالشراء و هو انما يكون بالثمن،و الغالب انه لا يسلم المبيع الا بعد تسليم الثمن،فالظاهر ان ذلك اذن فى التسلم ايضا و لا يمكن ذلك الا به،فكان الأمر و الاذن بالشراء مستلزما لتسليم الثمن و تسليم المبيع،فلا يضمن لو أخذ من غير اذن جديد و يرجع بالثمن مطلقا الا مع ما يدل على عدم الاذن،و لا يفهم الاذن قال:و ليس كلام التذكره و غيرها بعيدا عن هذا المعنى بكثير.انتهى.

و هو لا يخلو من اشكال الا ان يكون هناك قرائن قاطعه تدل على ذلك،و الا فمجرد الأمر بالشراء لا يدل على ما ادعوه،و لو تلف الحيوان المشترک بعد قبضه من غير تفريط من المأمور فالتلف بينهما جميعا،و لا يرجع الأخر عليه،و ان يد الشريک- المشترى- عليه يد امانه،لا يد ضمان.

الرابع-ما لو قال له:الربح لنا و لا خسران عليک

الى آخره أقول:الظاهر ان وجه التردد المذكور من الروايه المشار إليها حيث دلت على صحه ذلك المؤيد بعموم (۱)

«المؤمنون عند شروطهم». و من المخالفه للقواعد المقرره فى الشركه بل مقتضى المذهب كما ادعاه بعضهم من ان الربح و الخسران تابعان لرأس المال و الى ذلک جنح فى المسالک قال:و هو الأقوى ثم قال:و الروايه مع كونها و أرده فى بيع خاص يمكن تأويلها بما يوافق الأصل انتهى.

أقول:قال الشيخ فى النهايه:و من قال لغيره اشتر حيوانا بشركتى و الربح بينى و بينک فاشتراه ثم هلک الحيوان كان الثمن بينهما،كما لو زاد فى ثمنه كان ايضا بينهما على ما اشترطا عليه،فان اشترط عليه ان يكون له الربح لو ربح و ليس عليه شىء من الخسران كان على ما اشترطا عليه،و به قال ابن البراج.

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۲۲.

و قال ابن إدريس:معنى انه إذا قال لغيره اشتر حيوانا بشركتى المراد به انقد عنى نصف الثمن أو ما يختاره و يجعله قرضا عليه،و الا فما يصح الشركه إلا هكذا قال:فأما قول شيخنا(رحمه الله)-فان اشتراط عليه ان يكون له الربح ان ربح و ليس عليه من الخسران شيء كان على ما اشترطا عليه-فليس بواضح و لا يستقيم،لانه مخالف لأصول المذهب،لان الخسران على رؤس الأموال بغير خلاف،و إذا شرط انه على واحد من الشريكين كان هذا الشرط مخالفا للكتاب و السنه،لأن السنه جعلت الخسران على رؤوس الأموال انتهى.

و قال فى المختلف بعد نقل ذلك عنه،و ما ذكره ابن إدريس فى تفسير قول الإنسان لغيره اشتر حيوانا فاشركنى ليس بصحيح،لأن الأمر بالشراء عنه ليس امرا بنقد الثمن عنه،و الشركه يتحقق بالعقد إذا أوقعه المشترى عنه و عن الأمر بالنيابه،لا بالأمر بنقد الثمن،و أما نسبه قول الشيخ الى عدم الوضوح و عدم الاستقامه-و انه مخالف لأصول المذهب و ان هذا الشرط يخالف الكتاب و السنه فليس بجيد لان الشيخ(رحمه الله)عول فى ذلك على الكتاب و السنه و العقل، أما الكتاب فقوله تعالى (۱)«إِلاّ أَنْ تَكُونَ تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ مِنْكُمْ» و التراض انما وقع على ما اتفقا عليه فلا يجوز لهما المخالفه و قوله تعالى (۲)«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و العقد انما وقع على هذا فيجب الوفاء به،و اما السنه

فقوله عليه السلام (۳)

«المؤمنون عند شروطهم». و ما رواه

رفاعه (۴)فى الصحيح قال:

«سألت أبا الحسن(عليه السلام)عن رجل شارك فى جاريه له قال:ان ربحنا فيها فلك نصف

۱- ۱) سوره البقره الآيه ۲۸۲.

۲- ۲) سوره المائده الآيه ۱.

۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۲۲.

۴- ۴) التهذيب ج ۷ ص ۷۱ و ۸۱.

الربح و ان كان وضيعه فليس عليك شيء فقال:لا أرى بهذا بأسا إذا طابت نفس صاحب الجاريه». و أما العقل فلان الأصل الجواز،و قوله ان الخسران على قدر رأس المال،قلنا متى،مع الشرط لغيره أو بدونه،و بالجمله فقول الشيخ هو المعتمد.انتهى.

و هو جيد و مما يدل على ذلك-زياده على الصحيحه المذكوره-ما رواه

الشيخ عن ابى الربيع (۱)عن أبى عبد الله(عليه السلام)

«فى رجل شارك رجلا فى جاريه فقال له:ان ربحت فلك و ان وضعت فليس عليك شيء؟فقال:لا بأس بذلك إذا كانت الجاريه للقائل».

و أما ما رواه

الشيخ و الصدوق عن إسحاق بن عمار (۲)فى الموثق قال:

« قلت لأبى إبراهيم(عليه السلام):الرجل يدل الرجل على السلعه،فيقول:اشترها ولى نصفها، فيشتريها الرجل و ينقد من ماله،قال:له نصف الربح،قلت:فان وضع يلحقه من الوضيعه شيء؟فقال:نعم عليه الوضيعه:كما أخذ من الربح». فهو ظاهر فى عدم الشرط، فلا ينافى ما تقدم.و يمكن الجمع بين كلامى الشيخ و ابن إدريس بأن مبنى كلام ابن إدريس على الاشتراك فى الثمن كما تأول به عباره الشيخ،و ان كان تأويله بعيدا و حينئذ فيكون الربح و الوضيعه تابعه لرأس المال،و مبنى كلام الشيخ انما هو على الاشتراك فى الشراء دون المشاركه فى المال.

و حينئذ فلا يرد على ابن إدريس الاستدلال بصحيحه رفاعه،فإنها ظاهره فى كون الشركه انما هو فى عقد الشراء لا فى المال الذى اشترى به،الا أنه يمكن أن يقال أنه و ان كان الأمر كذلك من أن الشركه فى رأس المال تقتضى كون الربح و الخسران تابعين لرأس المال،لكن مع الشرط يكون الأمر على ما وقع عليه الشرط،و ان خالف القاعده المذكوره،فإن الشروط فى جميع العقود كلها من هذا القبيل بمنزله

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۷۱ و ۸۱.

۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۱۸۷ الفقيه ج ۳ ص ۱۳۹.

الاستثناء مما يقتضيه أصل العقد.

و بالجمله فالظاهر هو ما ذهب اليه الشيخ(رحمه الله)و منه يظهر ضعف ما ذهب اليه ابن إدريس(رحمه الله)و ان تبعه فيه شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك كما عرفت و الله العالم.

المسأله السادسه [ما يستحب و يكره فى شراء المماليک]

اشاره

-قد ذكروا فى شراء المماليك جمله من الأحكام استحبابا و كراهه منها أنه يجوز له النظر الى وجه المملوكه-إذا أراد شرائها-و محاسنها و المراد بها مواضع الحسن منها و الزينه كالكفين و الرجلين و الشعر،قالوا و لا يشترط فى ذلك اذن المولى،و لا يجوز الزياده على ذلك إلا بإذنه فيكون تحليلا يتبع ما دل عليه اللفظ حتى العوره،و كذا يجوز له مس ما يجوز النظر اليه مع الاذن،و نقل عن العلامه فى التذكره جواز النظر الى ما دون العوره مع عدم الاذن،و رده جمله ممن تأخر عنه بالبعد.

و الذى وقفت عليه من الاخبار المتعلقه بذلك ما رواه

الشيخ و الصدوق عن أبى بصير (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله(عليه السلام)عن الرجل يعترض الأمه ليشتريها؟قال:لا بأس بأن ينظر الى محاسنها و يمسها ما لم ينظر الا ما لا ينبغى له النظر اليه».

و ما رواه

فى التهذيب عن حبيب بن معلى الخثعمى (۲)قال:

«قلت لأبى عبد الله(عليه السلام)انى اعترضت جوارى بالمدينه فأمذيت؟فقال:أما لمن يريد الشراء فليس به بأس،و أما من لا يريد أن يشترى فإنى أكرهه».

و عن عمران بن الحارث الجعفرى (۳)

«عن أبى عبد الله(عليه السلام) قال:لا أحب للرجل أن يقلب جاريه إلا جاريه يريد شراءها»:.

و ما رواه الثقه الجليل

عبد الله بن جعفر الحميرى فى كتاب قرب الاسناد عن الحسن بن ظريف عن الحسين بن علوان (۴)عن جعفر عن أبيه عن على(عليهم السلام)

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۷۵ الفقیه ج ۴ ص ۱۲.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۲۳۶.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۲۳۶.

۴- ۴) الوسائل الباب-۲۰-من أبواب بیع الحیوان الرقم-۴.

«أنه كـان إذا أراد ان يشترى الجـاريه يكشف عن ساقيهـا فينظر إليهـا». و فى هـذه الروايه دلالـه على جواز النظر الى الساق زياده على مـا ذكره الأصحاب و يمكن أن يسـتفاد من روايه الجعفرى صـحه مـا نقل عن العلامه من جواز النظر الى ما عـدا العوره إذا دعت الحاجه الى ذلك و يمكن أن يحمل على ذلك قوله فى روايه أبى بصـير«ما لم ينظر الى ما لا ينبغى النظر اليه»بالحمل على العوره،و يكون ذكر المحاسن فيها انما خرج مخرج التمثيل،و يخرج روايه قرب الاسـناد شاهـده على ذلك و بالجمله فإن ما نقل عن التذكره غير بعيد،و ان ردوه بالبعد.

و منهـا انه يسـتحب لمن يشـترى مملوكـا ان يغير اسـمه،و أن يطعمه شـيئا من الحلـو و ان يتصـدق عنه بشـىء،و انه يكره ان يرى المملوك ثمنه فى الميزان كل ذلك للاخبار.

و منها ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن زراره (۱)

«قـال كنت جالسـا عنـد ابى عبـد الله(عليه السـلام)فـدخل عليه رجـل و معه ابن له،فقـال له أبـو عبـد الله (عليه السـلام):مـا تجـاره ابنـك؟فقـال التنخس فقـال له أبو عبـد الله(عليه السـلام) لاـ تشـترين شـينا و لاـ عيبـا،و إذا اشـتريت رأسـا فلاـ ترين ثمنه فى كفه الميزان،فما من رأس رأى ثمنه فى كفه الميزان فأفلـح،و إذا اشتريت رأسا فغير اسـمه و أطعمه شـيئا حلوا إذا ملكته و تصـدق عنه بأربعه دراهم».

و عن محمد بن ميسر (۲)عن أبيه عن أبى عبد الله(عليه السلام) قال:

« من نظر الى ثمنه و هو يوزن لم يفلـح». و ظاهر الخبرين المـذكورين أن الكراهه مترتبه على رؤيه الثمن فى الميزان،و حينئذ فلا يكره فى غيره،و ربمـا قيـل أنه انمـا جرى على المتعـارف من وضـع الثمن فيه،فلـو رآه فى غيره كره أيضـا فيكون المراد انمـا هو الكنايه عن عدم رؤيته مطلقا،و يؤيده أن وزن الدراهم فى الميزان قليل و به

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۲۱۲.

۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۲۱۲.

يظهر ضعف تنظره فی المسالک فی هذا القول.

و منها کراهه وطئ من ولدت من الزنا بالملک و العقد،قال المحقق الأردبیلی(قدس سره)بعد ذکر المصنف الحکم المذکور:قد نهی عنه فی الاخبار المعتبره المحموله علی الکراهه.لعموم أدله جواز النکاح و الوطی،و کأنه لعدم القائل بالتحریم.

أقول:قد نقل القول بالتحریم هنا فی المسالک عن ابن إدریس بناء علی أن ولد الزنا کافر،و أن وطأ الکافر محرم،ثم رده بان مقدمتین ممنوعتان و أنت خبیر بما قدمناه فی کتاب الطهاره من التحقیق فی أحوال ابن الزنا أن له حاله ثالثه غیر حال المسلمین و الکفار فی النکاح و غیره و الاخبار قد صرحت هنا بالجواز علی کراهیه.

و منها

حسنه الحلبی عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«سئل عن الرجل یکون له الخادم ولد الزنا هل علیه جناح أن یطأها؟قال:لا و ان تنزه عن ذلک فهو أحب الی». و نحوها غیرها.

و منها التفرقه بین الأطفال و أمهاتهم قبل استغنائهم عنهن فقیل بالکراهه و قیل بالتحریم،و القولان للشیخ فی النهایه،فقال:فی باب ابتیاع الحیوان لا یجوز، و قال فی باب العتق أنه مکروه،و الی القول بالتحریم ذهب الشیخ المفید و ابن البراج و سلار و ابن الجنید،و نقل عن العلامه فی التذکره مدعیا أنه المشهور و هو اختیار شیخنا الشهید الثانی فی المسالک و الروضه،و الی القول بالکراهه ذهب المحقق فی کتابیه و العلامه فی المختلف و الإرشاد و ابن إدریس و الشهید فی اللمعه و غیرهم.

احتج القائلون بالکراهه بما ورد من (۱)

«ان الناس مسلطون علی أموالهم».

و الذی وقفت علیه من الاخبار المتعلقه بالمقام زیاده علی الخبر المذکور ما رواه

۱- ۱) البحار ج ۲ ص ۲۷۲ الطبع الحدیث.

المشایخ الثلاثه عطر الله مراقدهم عن معاویه بن عمار (۱)فی الصحیح قال:

«سمعت أبا عبد الله(علیه السلام)یقول:أتی رسول الله(صلی الله علیه و آله)بسبی من الیمن،فلما بلغوا الجحفه نفدت نفقاتهم فباعوا جاریه من السبی کانت أمها معهم،فلما قدموا علی النبی(صلی الله علیه و آله)سمع بکاءها،فقال:ما هذه البکاء؟فقالوا یا رسول الله(صلی الله علیه و آله)احتجنا إلی نفقه فبعنا ابنتها فبعث بثمنها فأتی بها،و قال:بیعوهما جمیعا أو أمسکوهما جمیعا».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن سماعه (۲)فی الموثق قال:

«سألته أخوین مملوکین هل یفرق بینهما؟و عن المرأه و ولدها،قال:لا هو حرام الا أن یریدوا ذلک».

و رواه فی الفقیه قال:

«سأل سماعه أبا عبد الله(علیه السلام)عن أخوین مملوکین»الحدیث.

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن هشام بن الحکم (۳)فی الصحیح أو الحسن عن أبی عبد الله(علیه السلام)

«قال انه اشتریت له جاریه من الکوفه قال:

فذهبت تقوم فی بعض الحاجه،فقالت:یا أماه فقال لها أبو عبد الله(علیه السلام):

أ لک أم؟قالت:نعم فأمر بها فردت،و قال:ما آمنت لو حبستها أن أری فی ولدی ما أکره».

و ما رواه

فی الکافی عن عمر بن أبی نصر (۴)قال:

«قلت لأبی عبد الله (علیه السلام):الجاریه الصغیره یشتریها الرجل؟فقال:ان کانت قد استغنت عن أبویها فلا بأس».

و ما رواه

المشایخ الثلاثه عن ابی سنان (۵)فی الصحیح-فان الظاهر أن ابن

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۱۸ التهذیب ج ۷ ص ۷۳ الفقیه ج ۳ ص ۱۳۷.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۱۸ التهذیب ج ۷ ص ۷۳ الفقیه ج ۳ ص ۱۳۷.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۲۱۹ التهذیب ج ۷ ص ۷۳.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۲۱۹.

۵- ۵) الکافی ج ۵ ص ۲۱۹.

سنان هو عبد الله-عن أبی عبد الله(علیه السلام) «أنه قال فی الرجل یشتری الغلام و الجاریه و له أخ أو أخت أو أب أو أم بمصر من الأمصار؟قال:لا یخرجه الی مصر آخر ان کان صغیرا و لا یشتره فان کانت له أم فطابت نفسها و نفسه فاشتره إن شئت».

و ما رواه

شیخنا الشهید الثانی فی المسالک (۱)عن أبی أیوب عن النبی (صلی الله علیه و آله) قال:

«من فرق بین والده و ولدها،فرق بینه و بین أحبته». أقول:و هذه الروایه لم أقف علیها فی کتب أخبارنا و لا یبعد انها من طریق العامه الا ان صحیحه هشام المذکوره ظاهره فیما دلت علیه.

و فی کتاب الفقه الرضوی (۲)

«و روی فی الجاریه الصغیره تشتری و یفرق بینها و بین أمها؟فقال:ان کانت قد استغنت عنها فلا بأس».

هذه جمله ما حضرنی من أخبار المسأله،و دلالتها علی التحریم ظاهره، سیما صحیحه معاویه حیث أمر(صلی الله علیه و آله)برد الجاریه المباعه،و الأمر للوجوب کما تقرر فی محله،و ظاهرها بطلان البیع،حیث استرجع المبیع برد الثمن من غیر رضا المشتری کما هو ظاهر الخبر،و قوله فی موثقه سماعه«هو حرام الا ان یریدوا ذلک».

و بالجمله فإن ظاهر الاخبار هو التحریم و البطلان و بذلک اعترف فی الدروس أیضا (۳).

۱- ۱) المستدرک ج ۲ ص ۴۸۶ عن عوالی اللئالی.
۲- ۲) المستدرک ج ۲ ص ۴۷۶.
۳- ۳) قال فی الدروس:اختلفوا فی التفریق بین الأطفال و أمهاتهم إلی سبع سنین،و قیل:إلی مده الرضاع،ففی روایه سماعه یحرم الا برضاهم و أطلق المفید و الشیخ فی الخلاف و المبسوط التحریم و فساد البیع و هو ظاهر الاخبار،و طرد الحکم فی أم الأم و ابن الجنید طرد فی من یقوم مقام الأم فی الشفقه،و أفسد البیع فی السبایا و کره ذلک فی غیرهم و الحلیون علی کراهیه التفرقه و تخصیص ذلک بالأم و هو فتوی الشیخ فی العتق من النهایه انتهی منه رحمه الله.

تنبيهات [فی أحکام التفرقه بین الأطفال و أمهاتهم]

الأول [هل یختص الحکم بالصغیر فقط؟]

-قد عرفت ان الأصحاب خصوا الحکم بالأطفال،و فرعوا علیه ایضا الخلاف فی الغایه التی یزول معها التحریم أو الکراهه،هل هی مده سبع سنین، أو أن یستغنی عن الرضاع؟و هو مشکل،إذ لم نقف له علی مستند،و بذلک اعترف فی المسالک أیضا،و ذکر جماعه من المتأخرین أنه مترتب علی الخلاف فی الحضانه الاتی فی کتاب النکاح إنشاء الله تعالی و هو أشکل لاختلاف الاخبار (۱)و الأقوال فی ذلک أیضا.

ص :۴۲۱

۱- ۱) ففی بعض الاخبار ان الولد للأب و له ان یعطیه لمن شاء یرضعه الا یطلب الام ذلک،فترضی بما یرضی به غیرها فهی أحق ما لم یفطم، و فی بعض أن الأم أحق بالولد الی سبع سنین،و فی بعض آخر الی ان یتزوج،و فی بعض آخر انه ما دام فی الرضاع فهو بین الأبوین،فإذا فطم فالأب أحق به من الأم فإذا مات الأب فالأم أحق به من العصبه،و فی بعضها انه لیس للوصی أن یخرجه من حجر الام حتی یدرک و یدفع الیه ماله و الشیخ قد جمع بینها بأن الأم أحق قبل الفطام و إذا أرضعت بما یرضع التهذیب ج ۸ ص ۱۰۴ الغیر فهی أحق،و انها أحق بالأنثی ما لم تتزوج،و جمع جمله من الأصحاب بینها بحمل روایه السبع علی الأنثی،و الحولین علی الذکر،لمناسبه الحکمه فی احتیاج الأنثی إلی تربیه الام زیاده علی الذکر،قال فی المسالک و هذا هو الأجود،ثم قال و حیث کان ذلک فی حکم الحره فلیکن فی الأمه کذلک لان حقها لا یزید علی الحره،و لان ذلک هو الحق المقرر لسلام فی کون الولد معها فی نظر الشارع انتهی-منه رحمه الله.

و أنت خبیر بأن ظاهر الروایات المذکوره عدم الاختصاص بالأطفال بل ظاهر جمله منها انما هو الکبار،کما یعطیه ظاهر صحیحه معاویه بن عمار من بیع الجاریه لنفقه العسکر،و من الظاهر الغالب أن قیمه الطفل لا یفی بذلک،و أظهر منها صحیحه هشام بن الحکم،و قوله فیها«ان الجاریه ذهبت تقوم فی بعض حوائجها،»و هو ایضا ظاهر موثقه سماعه و ان الولد فیها أعم من الصغیر و الکبیر،بل الظاهر انما هو کونه کبیرا لقوله«الا ان یریدوا ذلک»فإن الإراده لا تحصل من الرضیع.

و کذلک قوله فی

صحیحه ابن سنان (۱)

«و ان کانت له أم فطابت نفسها و نفسه،فاشتره». فان طیب النفس لا یتم فی الرضیع و هذا کله بحمد الله سبحانه ظاهر لا ریب فیه.

الثانی-انه علی تقدیر القول بالتحریم هل یحکم ببطلان البیع أیضا أم لا؟

وجهان بل قولان-یلتفتان الی ان النهی فی غیر العباده لا یقتضی الفساد و لرجوعه الی وصف خارج عن ذات المبیع،فیکون کالبیع وقت النداء،و علی هذا فیصح البیع و ان اثم،و الی ان المفهوم من صحیحتی معاویه و هشام من حیث اشتمالهما علی الرد من غیر رضی المتبایعین هو البطلان،و الظاهر ان الوجه فیه هو ان تحریم التفرقه أخرجها عن صلاحیه المعاوضه،و هو الأظهر،وفاقا لجمله من الأصحاب.

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۰۴.

الثالث [هل يعم الحكم الأرحام المشاركه فی الشفقه]

أنه هل يختص النهی عن التفرقه بالولد مع الأم،أم يعم الأرحام المشاركه فی الشفقه و الاستيناس.كالأخت و العمه و الخاله؟قولان،استجود شيخنا الشهيد الثانی فی الروضه و المسالک الثانی،و استقرب العلامه فی التذكره الأول، و ظاهر موثقه سماعه و صحيحه ابن سنان يؤيد الثانی،الا أن ظاهرهم تخصيص التعديه الی ما شارک الأم فی الشفقه من الإناث خاصه،و ظاهر الروايتين المذكورتين التعدی إلی الذكور أيضا فالتخصيص المذكور خروج عن النص.

و الأظهر الوقوف على ما دلت عليه النصوص من الام و الأخ و الأخت و الأب اقتصارا فيما خرج عن الأصل على موضع النص،و لان ما زاد لا يخرج عن القياس.

الرابع أنه هل يلحق بالبيع غيره؟

قال فی المسالک:الظاهر عدم الفرق بين البيع و غيره،و ان كان فی بعض الاخبار ذكر البيع لايمائها إلی العله الموجوده فی غيره، فيتعدی الی كل ناقل للعين حتی القسمه و الإجاره الموجبه للفرقه،و حيث كانت عله المنع الفرقه فلو لم يستلزمها-كما لو باع أحدهما و شرط استخدامه مده المنع أو على من لا يحصل معه التفريق بينهما-لم يحرم،مع احتماله فی الثانی إذا لم يكن الاجتماع لازما له شرعا.انتهی.

و أورد عليه (۱)بأنه و ان كان محتملا من جهه ظهور العله المفهومه فيمكن ذلک،و لكن يشكل ذلک من جهه كونه قياسا مع عدم المنصوصيه فی العله.انتهی.

و هو جيد على أنه قد تقدم ما فی منصوص العله من البحث فی صدر جلد الطهاره من هذا الكتاب (۲)و بالجمله فإن الأظهر الاقتصار فی ذلک على البيع كما هو مورد الاخبار،اقتصارا فيما خالف الأصل على مورد النص،و النصوص المتقدمه كلها انما تضمنت البيع و الشراء،و ليس فيها ما تضمن مجرد التفرقه إلا موثقه سماعه،

۱- ۱) و هو المحقق الأردبيلی فی شرح الإرشاد-منه رحمه الله.

۲- ۲) ج ۱ ص ۶۳.

فیجب حملها علی ما عداها من النصوص المذکوره،حمل المطلق علی المقید، و به یظهر أن التعدیه قیاس محض و الله العالم.

الخامس [موضع الخلاف بعد سقی الأم اللبأ]

-قال فی المسالک:و موضع الخلاف بعد سقی الأم اللبأ،أما قبله فلا یجوز قطعا،لما فیه من التسبب الی إهلاک الولد،فإنه لا یعیش بدونه،صرح به جماعه.انتهی.

و فیه تأمل لأنا رأینا کثیرا من الأطفال قد عاش بدون ذلک،بأن یشرب من لبن غیر أمه بعد الولاده،و ربما تعذر وجود اللبن من أمه لمرض و نحوه بعد الولاده مده، و انما یرضع من حلیب غیرها،بل قیل:انه لا یوجد اللبن فی کثیر من النساء و بنحو ما قلنا صرح المحقق الأردبیلی قدس سره فی شرح الإرشاد أیضا.

السادس [عدم تعدی الحکم إلی البهیمه]

-قال فی المسالک:و لا یتعدی الحکم إلی البهیمه اقتصارا بالمنع علی موضع النص،فیجوز التفرقه بینها و بین ولدها بعد استغنائه عن اللبن،و قبله ان کان مما یقع علیه الزکاه أو کان له ما یمونه من غیر لبن أمه انتهی.

المسأله السابعه [فی وجوب استبراء الأمه علی البائع و المشتری]

اشاره

-لا خلاف بین الأصحاب(رضوان الله علیهم)فی أنه یجب استبراء الأمه علی البائع قبل البیع إذا وطأها،و کذا المشتری و یسقط الاستبراء عن المشتری لو أخبره البائع بالاستبراء و کان ثقه أو کانت لامرأه،أو کانت یائسه أو صغیره أو حاملا أو حائضا.

و تفصیل هذه الجمله یقع فی موارد

الأول [کیفیه الاستبراء]

-لا یخفی أن الاستبراء عباره عن طلب برأیه الرحم من الحمل،فإنه إذا صبر علیها المده المضروبه لذلک حسبما یأتی ذکره فی الاخبار تبین به حملها أو عدمه،و الحکمه فیه عدم اختلاط الأنساب و المشهور بین الأصحاب-و به صرح الشیخ و تبعه الأصحاب-انه لا فرق فی ذلک بین البیع و غیره من الوجوه الناقله للملک،و کذا القول فی الشراء فیجب الاستبراء بکل ملک زائل و حادث،و خالف فی ذلک ابن إدریس فخصه بالبیع،دون غیره من الوجوه المشار إلیها،قال العلامه(قدس سره)فی المختلف:قال الشیخ

فی الخلاف:إذا ملک أمه بابتیاع أو هبه أو إرث أو استغنام لم یجز له و وطؤها الا بعد الاستبراء.

و قال ابن إدریس:لا یجب فی غیر البیع،لأن الذی رواه أصحابنا فی تصانیفهم الخالیه من فروع المخالفین و بیاناتهم و نطقت به أخبار الأئمه(علیهم السلام) أن الاستبراء لا یجب الا علی البائع و المشتری،و لم یذکروا غیرهما،و الأصل براءه الذمه،و التمسک بقوله تعالی (۱)«أَوْ مٰا مَلَکَتْ أَیْمٰانُکُمْ» و هذه ملک یمین و الحق ما قاله الشیخ،لنا أن المقتضی لوجوب الاستبراء فی صوره البیع ثابت فی غیره،و هو العلم باستفراغ رحمها،و الاختلاط علی الأنساب،و الحفظ من اختلاطها،و أی فرق بین قوله بعتک،و قوله وهبتک،بحیث یوجب الأول الاستبراء دون الثانی،و لا یخفی ذلک علی محصل،و أسند النقل الی کتاب الخلاف و نسبه الی أنه من فروع المخالفین،و لعله لم یقف فی النهایه علی باب السراری و ملک الایمان،فإن الشیخ نص فیه علی ذلک أیضا،بل هو نفسه قال فی هذا الباب متی ملک الرجل جاریه بأحد وجوه التملکات من بیع أو هبه أو سبی أو غیر ذلک لم یجز له و وطؤها فی قبلها الا بعد أن یستبرأها،فلعله بعد ذلک وقف علی شیء لم یقف علیه من الأول حتی خرج کونه من فروع المخالفین،و بالجمله فهذا الرجل یخبط و لا یبالی أین یذهب،و یتجری علی شیخنا(قدس سره)بما لا یجوز انتهی و هو جید.

و یؤیده ما رواه

الشیخ فی التهذیب عن الحسن بن صالح (۲)عن أبی عبد الله (علیه السلام) قال:

«نادی منادی رسول الله(صلی الله علیه و آله)فی الناس یوم أوطاس:أن استبرؤا سبایاکم بحیضه». الا أنها خاصه بالاسترقاق،و ظاهر صاحب

ص:۴۲۵

۱- ۱) سوره النساء الآیه-۳.

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۱۷۶.

الکفایه التوقف هنا،و المیل الی ما ذهب الیه ابن إدریس،و قال المحقق الأردبیلی (قدس سره):الظاهر إلحاق الأمور الناقله للأمه و المبیحه للفرج بالبیع و الشراء فی وجوب الاستبراء،و تحریم الوطی لظهور العله مع احتمال الخصوص،و هو بعید،خصوصا من جانب المتملک،فان المقصود لم یتم الا بذلک انتهی.

الثانی [مده الاستبراء]

اشاره

الاستبراء یقع بخمسه و أربعین یوما ان لم تحض،و الا فحیضه، و وجوب الاستبراء علی البائع و من فی حکمه مشروط بأن یطأها و ان عزل،و أما المشتری و من فی حکمه فإنما یجب علیه الاستبراء مع علمه بوطیء السابق،أو جهله الحال،فلو علم الانتفاء لم یجب لانتفاء الفائده،و للنص.

و أما ما یدل علی وجوب الاستبراء علی البائع و المشتری و کذا علی جمله من هذه الأحکام فجمله من الاخبار،منها خبر الحسن بن صالح المتقدم،و ما رواه

فی الکافی.عن سماعه (1)فی الموثق

«قال سألته،عن رجل اشتری جاریه و هی طامث أ یستبرئ رحمها بحیضه أخری أو تکفیه هذه الحیضه؟قال:لا،بل تکفیه هذه الحیضه،فإن استبرأها بأخری فلا بأس هی بمنزله فضل».

و عن ربیع بن القاسم (2)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن الجاریه التی لم تبلغ الحیض (3)و تخاف علیها الحبل،فقال:یستبرئ رحمها الذی یبیعها بخمس و أربعین لیله،و الذی یشتریها بخمس و أربعین لیله».

و ما رواه

الشیخ عن عبد الرحمن ابن ابی عبد الله (4)عن ابی عبد الله(علیه السلام)

1- 1) التهذیب ج 8 ص 174.

2- 2) التهذیب ج 8 ص 170.

3- 3) قوله لم تبلغ الحیض أی أنها بلغت،لکنها لم تحض و الا فلا معنی لکونها ما تخوف علیها الحبل و لو لم یبلغ بالکلیه-منه رحمه الله.

۴- ۴) التهذیب ج ۸ ص ۱۷۲.

فی الرجل یشتری الجاریه و لم تحض أو قعـدت عن المحیض کم عـدتها قال:خمس و أربعون لیله». أقول الظاهر ان المراد بهذه الروایه هی من کـانت فی سن من تحیض و لم تحض بـالکلیه أو انهـا حـاضت ثم انقطع عنها الحیض،و هی فی سن من تحیض، لما عرفت آنفا من عدم العده علی الصغیره و الیائسه.

و یدل ایضا ما رواه هذا الراوی بعینه (۱)

قال:

«سألت أبا عبـد الله(علیه السـلام) عن الرجل یشتری الجاریه التی لم تبلغ المحیض،و إذا قعدت من المحیض ما عدتها؟ و ما یحل للرجـل من الأمه حتی یسـتبرأها قبـل ان تحیض؟قال:إذا قعـدت عن المحیض أو لم تحض فلا عـده لها و التی تحیض فلا یقربها حتی تحیض و تطهر». و نحوها غیرها مما سیأتی أنشأ الله تعالی.

و عن منصور بن حازم (۲)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن عده الأمه التی لم تبلغ المحیض و هو یخاف علیها فقال:خمس و أربعون لیله».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب فی الحسن عن حفص البختری (۳)عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«فی الرجـل یشتری الأـمه من رجـل فیقول:انی لم أطأهـا فقـال:ان وثق به فلاـ بـأس بأن یأتیها،و قال فی رجل یبیع الأمه من رجل فقال:علیه أن یستبرئ من قبل ان یبیع».

و ما رواه

الشیخ فی الصحیح عن الحلبی (۴)عن ابی عبد الله(علیه السلام) قال:

« فی رجـل ابتـاع جـاریه لم تطمث،قـال:ان کانت صـغیره لا یتخوف علیها الحبل فلیس علیها عـده،فلیطأها ان شاء،و ان کانت قد بلغت و لم تطمث فان علیها العده، قال:و سألته عن رجل اشتری جاریه و هی حائض قال:إذا طهرت فلیمسها ان شاء».

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۷۲.

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۱۷۲ و ۱۷۳ و ۱۷۱.

۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۱۷۲ و ۱۷۳ و ۱۷۱.

۴- ۴) التهذیب ج ۸ ص ۱۷۲ و ۱۷۳ و ۱۷۱.

و رواه الكلينى فى الصحيح أو الحسن مثله،

و عن ابن ابى يعفور (۱)عن ابى عبد الله(عليه السلام) قال:

«فى الجاريه التى لم تطمث و لم تبلغ الحبل إذا اشتراها الرجل،قال:ليس عليها عده يقع عليها»الحديث.

و ما رواه

فى الكافى عن عبد الله بن عمر (۲)قال:

قلت لأبى عبد الله(عليه السلام) أو لأبى جعفر(عليه السلام)الجاريه الصغيره يشتريها الرجل و هى لم تدرك أو قد يئست من المحيض قال فقال لا بأس ان لا يستبرئها». و ما رواه

الصدوق مرسلا (۳)قال:

«قال أبو جعفر(عليه السلام):إذا اشترى الرجل جاريه و هى لم تدرك أو قد يئست من المحيض فلا بأس بأن لا يستبرأها».

و ما رواه

الشيخ عن عمار (۴)فى الموثق قال:

«قال أبو عبد الله(عليه السلام) الاستبراء على الذى يريد أن يبيع الجاريه واجب ان كان يطأها،و على الذى يشتريها الاستبراء أيضا قلت:فيحل له أن يأتيها دون فرجها؟قال:نعم قبل أن يستبرأها».

و ما رواه

فى كتاب عيون اخبار الرضا عن محمد بن إسماعيل بن بزيع (۵)عن الرضا عليه السلام

«فى حد الجاريه الصغيره السن الذى إذا لم تبلغه لم يكن على الرجل استبراؤها؟قال إذا لم تبلغ استبرئت بشهر،قلت:و ان كانت ابنته سبع سنين و نحوها مما لا تحمل،فقال:هى صغيره و لا يضرك أن لا تستبرئها،فقلت:

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۱۷۱.
۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۴۷۲.
۳- ۳) الفقيه ج ۳ ص ۲۸۳.
۴- ۴) التهذيب ج ۸ ص ۱۷۷.

٥- ٥) الوسائل الباب ٣ من أبواب نكاح العبيد.

ما بینها و بین تسع سنین؟فقال:نعم تسع سنین».

و ما رواه

الشیخ فی الصحیح عن سعد بن سعد الأشعری (۱)عن ابی الحسن الرضا(علیه السلام) قال:

«سألته عن رجل یبیع جاریه کان یعزل عنها هل علیه منها استبراء؟قال:نعم،و عن أدنی ما یجزی من الاستبراء للمشتری و البائع؟قال:أهل المدینه یقولون حیضه،و کان جعفر(علیه السلام)یقول:حیضتان،و سألته عن أدنی استبراء البکر فقال:أهل المدینه یقولون حیضه،و کان جعفر(علیه السلام) یقول:حیضتان». و نحوها فی الاستبراء بحیضتین صحیحه محمد بن إسماعیل بن بزیع الاتیه فی مسأله اخبار البائع بالاستبراء.

و ما رواه

فی الکافی عن سماعه (۲)فی الموثق قال:

«سالته عن رجل اشترط جاریه و لم یکن لها زوج أ یستبرئ رحمها؟قال:نعم،قلت فان کانت لم تحض؟ قال:أمرها شدید و ان هو أتاها فلا ینزل الماء حتی یستبین أ حبلی هی أم لا،قلت:

و فی کم تستبین له؟قال:فی خمسه و أربعین یوما».

و عن الحبلی (۳)فی الصحیح أو الحسن عن ابی عبد الله(علیه السلام)

«فی رجل اشتری جاریه لم یکن صاحبها یطؤها أ یستبرئ رحمها؟قال:نعم،قلت:جاریه لم تحض کیف یصنع بها؟قال:

أمرها شدید غیر أنه ان أتاها فلا ینزل علیها حتی یستبین له ان کان بها حبل قلت:

و فیکم یستبین له؟قال:فی خمس و أربعین لیله». الی غیر ذلک من الاخبار المتعلقه بهذا المقام و سیأتی أیضا نحوها.

و الکلام فیها یقع فی مواضع،أحدها ما دلت علیه جمله منها من وجوب الاستبراء علی البائع و المشتری،مما لا خلاف فیه فیما أعلم و لا اشکال و المعتبر فی الاستبراء عندهم هو ترک الوطی فی القبل و الدبر،و احتمل بعض المحققین تخصیص الوطی بالقبل،و لا یخلو من قرب،فإنه هو المتبادر من الاخبار بحمل

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۷۱.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۷۲.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۷۲.

مطلقها على مقيدها،و لانه هو المناسب للاستبراء بالحيض،و الحكمه فى الاستبراء، على أن إطلاق الاخبار انما يحمل على الفرد الشائع المتكرر،و هو انما يكون بالنسبه إلى القبل كما لا يخفى،الا أن الاحتياط فى الوقوف على ما ذكره الأصحاب.

و كيف كان فلا يتعدى الاستبراء إلى باقى وجوه الاستمتاع،خلافا للشيخ فى المبسوط على ما نقل عنه حيث حرم الجميع على المشترى حتى يستبرأها و يرده نولها فى

صحيحه محمد بن إسماعيل الاتيه قريبا إنشاء الله(تعالى)

«قلت:يحل للمشترى ملامستها؟قال:نعم،و لا يقرب فرجها». و قوله عليه السلام

فى روايه عبد الله بن سنان الاتيه إنشاء الله تعالى أيضا

«و لكن يجوز ذلك فيما دون الفرج».

و فى روايه عبد الله بن محمد (۱)عن ابى عبد الله(عليه السلام) قال:

«لا بأس بالتفخيذ لها حتى تستبرئها و ان صبرت فهو خير لك».

و يؤيده أن العله براءه الرحم و عدم اختلاط الأنساب،الا أنه لو لم يستبرئها البائع و نحوه،فالظاهر من كلام الأصحاب انه يأثم و يصح البيع و غيره من العقود لرجوع النهى إلى أمر خارج عن البيع،و الظاهر أنه لا كلام فى وجوب تسليم البائع الجاريه إلى المشترى لو لم يستبرئها لأن تركه الواجب عليه من استبرائها لا يوجب جواز حبس المال عن صاحبه.

و اما ما احتمله فى المسالك-من بقاء وجوب الاستبراء قبله و لو بالوضع على يد عدل لوجوبه قبل البيع فيستصحب-فلا يخلو من ضعف لعدم حجيه مثل هذا الاستصحاب المتثاقل فى أمثال هذه المقامات،و اما إبقاؤها فى يد البائع فلا يجب قطعا،لأنها صارت أجنبيه منه بالبيع،و لو لم يستبرئها المشترى أثم و عزر مع العلم بالتحريم و يلحق به الولد،لانه فراش،و هل يسقط الاستبراء حينئذ؟إشكال،ينشأ من انتفاء الفائده فيه و الحكمه المطلوبه فى المقام-لانه قد

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۱۷۸.

اختلط الماء ان،و ألحق به الولد الذی یمکن تجدده-و من إطلاق الأمر بالاستبراء فی المده،و هی باقیه،

و فی روایه عبد الله بن سنان (۱)الاتیه قریبا إنشاء الله تعالی

«لان الذین یشترون الإماء ثم یأتونهن قبل أن یستبرؤهن فأولئک الزناه بأموالهم».

و ثانیها-أکثر الروایات المتقدمه علی الاکتفاء بالحیضه الواحده فی الاستبراء و هو المشهور فی کلامهم من غیر خلاف یعرف،الا ان صحیحه سعد بن سعد الأشعری و کذا صحیحه محمد بن إسماعیل بن بزیع دلنا علی الحیضتین،و نسبه الحیضه الی علما العامه.

و الشیخ و من تبعه حملوها علی الاستحباب،و استند الشیخ فی الحمل المذکور إلی موثقه سماعه المتقدمه،و قوله(علیه السلام)فیها«فإن استبرأها بأخری فلا بأس،هی بمنزله فضل»و هو جید،و لو لا اتفاق الأصحاب علی الحکم المذکور و تظافر الاخبار به لأمکن حمل أخبار الحیضه علی التقیه کما یشعر به ظاهر الصحیحتین المذکورتین،و الاحتیاط یقتضی العمل بهما.

و ثالثها-ما دلت علیه الاخبار المتقدمه-من أنه مع عدم الحیض فالاستبراء بخمسه و أربعین یوما-هو المشهور بین الأصحاب،و نقل فی المختلف عن الشیخ المفید أن الاستبراء بثلاثه أشهر و لم نقف علی مستنده و رابعها ما دل علیه موثق سماعه المتقدم-و نحوه صحیح الحلبی المتقدم الاکتفاء بإتمام الحیضه عند انتقالها إلیه حائضا-هو المشهور بین الأصحاب،و نقل عن ابن إدریس عدم الاکتفاء بذلک و هو مردود بالأخبار المذکوره.

و خامسها-ما تضمنه صحیح الحلبی و نحوه غیره-کروایه ابن ابی یعفور و روایه عبد الله بن عمرو مرسله الفقیه و غیرها من جواز وطئ الصغیره-لا یخلو من

۱- ۱) الفقیه ج ۲ ص ۲۸۲.

الاشكال،لظاهر الاتفاق نصا و فتوى على أنه لا يجوز الوطء قبل بلوغها،فان المراد من الصغيره عند الإطلاق هى من لم يبلغ سنها تسع سنين الذى هو سن البلوغ،و لا يمكن الحمل على من تجاوز سنها التسع و لم تحض بناء على الغالب لان قوله فى الصحيحه المذكوره«و ان كانت قد بلغت و لم تطمث»ما ينافى ذلك و يمكن توجيه الروايات المشار إليها و ان بعد بأنه لا بأس من حيث عدم الاستبراء و ان وجد البأس من جهه أخرى،و يحتمل أن يكون المراد أنها كانت صغيره عند البائع،فلو وطأها البائع-و ان فعل محرما-كان فى حال عدم البلوغ و أنها بلغت عند المشترى قبل الاستبراء فلا بأس حينئذ بأن يطأها المشترى بدون الاستبراء لعدم إمكان حملها من البائع،حيث أنها لم تكن بالغه يومئذ،و كونها بالغه عند وطئ المشترى،و ينبغى ان يحمل على ذلك كلام الأصحاب أيضا،حيث أنهم جعلوا من مسقطات الاستبراء ما إذا اشتراها صغيره،حيث أنه مؤذن بجواز الوطى من غير استبراء،و لم أر من تنبه لما نبهنا عليه سوى المحقق الأردبيلى(قدس سره)فى شرح الإرشاد،و قد سبق لنا لهذا الإشكال فى حواشينا على الوافى قبل تصنيف هذا الكتاب بما ذكرناه هنا،و قد وفق الله سبحانه للوقوف على كلام المحقق المذكور مؤيدا لما ذكرناه،حيث قال-بعد نقل صحيحه الحلبى و روايه ابن ابى يعفور دليلا لما ذكره الأصحاب من عدم وجوب الاستبراء على الصغيره-ما لفظه:

و فيه تأمل لأنه يفهم منه تجويز الوقوع على غير البالغ،مع انه حرام قبل البلوغ عندهم،أو البالغ التى لم يتخوف عليها الحبل لصغرها من غير استبراء،و هو جائز، فلعل المراد عدم التحريم من جهه الاستبراء،أو الوقوع بعد البلوغ انتهى.

و الاحتمال الثانى الذى ذكره و ان تم فى بعض الروايات المشار إليها،الا أنه لا يتم فى صحيحه الحلبى لما ذكرناه من مقابله الصغيره بالبالغه،فإنه ظاهر فى أن المراد بها قبل البلوغ.

و سادسها-ما تضمنه موثق سماعه و صحيح الحلبى بالنسبه إلى الجاريه التى

لم تحض،من أن أمرها شدید-و أنه ان أتاها فلا ینزل حتی یستبین له حالها من کونها حبلی أم لا-لا یخلو من الإشکال،فإن قوله«لم تحض»اما أن یراد به الکنایه عن کونها صغیره لم تبلغ،و حینئذ فالحکم بجواز إتیانها و ان کان مع عدم الانزال خلاف الاخبار و کلام الأصحاب الصریح فی عدم جواز الوطی فی الصوره المذکوره،و ان أرید بها البالغه و ان لم تحض بالفعل فوجوب الاستبراء فیها مما اتفقت علیه الاخبار،و کلمه الأصحاب أیضا،فجواز جماعها علی کل من الوجهین لا وجه له.

قال شیخنا المجلسی عطر الله مرقده فی حواشیه علی کتب الاخبار فی خبر سماعه:یمکن حمله علی أن عدم الإنزال کنایه عن عدم الوطی فی الفرج،و شده أمرها باعتبار عسر الصبر فی هذه المده،و هو مؤید لما ذهب إلیه الأصحاب من جواز الاستمتاع بها فیما دون الفرج،و ذهب جماعه إلی المنع من الاستمتاع بها مطلقا.انتهی و لا یخفی بعده.

و قال والده فی حواشیه له علی هذا الخبر ایضا:قوله(علیه السلام)«أمرها شدید» أی فی الاستبراء و عدم الوطی أو ترک الانزال،قوله«فإن أتاها»و ان کان حراما، أو یحمل علی تقدیر الاخبار أو کان ذلک علی جهه الاستحباب،أو یحمل الإتیان علی غیر الفرج،ای الدبر و ترک الانزال،لإمکان الحمل بوطیء الدبر انتهی و هو کسابقه.

أقول

و قد روی ثقه الإسلام فی الکافی عن ابی بصیر- (1)و هو لیث المرادی فی حدیث-

«انه قال لأبی عبد الله(علیه السلام):الرجل یشتری الجاریه الصغیره التی لم تطمث و لیست بعذراء أ یستبرئها؟قال:أمرها شدید إذا کان مثلها تعلق،فلیستبرئها».

و رواه الشیخ فی الصحیح مثله،و الظاهر من هذا الخبر انه اشتری الجاریه بعد افتضاضها و زوال بکارتها،و لکن فی ظنه انها لم تبلغ سیما مع عدم طمثها،فقال

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۷۵ التهذیب ج ۸ ص ۱۷۶.

(علیه السلام):ان هذه باعتبار عدم معلومیه البلوغ و عدمه محل إشکال،و أمرها شدید،سیما إذا کان مثلها و من هو فی قدر جثتها و صورتها یحصل له الحمل،فالواجب استبراؤها إذا کانت بهذه الکیفیه،و حینئذ فیمکن حمل الخبرین المشار إلیهما علی من کانت کذلک،و قوله فیهما جاریه«لم تحض»ای لم یعلم بلوغها بالحیض، و لکنها محتمله للبلوغ و عدمه بالسن،فأجاب(علیه السلام)بأن هذه من حیث احتمال البلوغ و عدمه أمرها شدید،الا انه حیث کان الأصل عدم البلوغ حتی یتحقق،فلا بأس لو جامعها،لکن الاحتیاط فی العزل عنها حتی یستبرئها،و فی خبر ابی بصیر إنما أمر بالاستبراء من حیث ان مثلها تعلق،فهو قرینه علی احتمال البلوغ، و مرجح له و یعضده ما تقدم فی

روایه منصور بن حازم من قوله

«سألته عن عده الأمه التی لم تبلغ المحیض و هو یخاف علیها؟فقال:خمسه و أربعون لیله»، و نحوها روایه ربیع بن القاسم، فإنهما ظاهرتان فی عدم تحقق البلوغ،إلا أنهما محتمله له احتمالا قریبا حسبما ذکرناه فی روایه أبی بصیر المذکوره،و نحو هذه الروایات فی ذلک مفهوم صحیحه الحلبی المتقدمه.

فرعان

الأول [ملکیه الجاریه فی زمان الاستبراء]

-قال الشیخ فی النهایه و الشیخ المفید:إذا اشتری جاریه و عزلها عند انسان للاستبراء کانت من مال البائع إذا هلکت فی مده الاستبراء ما لم یحدث المبتاع فیها حدثا،فإن أحدث کان تلفها منه.

و قال فی المبسوط:و ان جعلت عند من یثق به جاز،فان هلکت فان کان المشتری قبضها ثم جعلت عند عدل فمن ضمان المشتری،لأن العدل و کیله،و لو سلمها البائع للعدل قبل قبض المشتری بطل البیع،و اختاره ابن إدریس قال العلامه فی المختلف بعد نقل ذلک:و لا أری بینهما تنافیا،فان کلام النهایه قد یحمل علی هذا.

أقول حمل کلام النهایه علی هذا تعسف ظاهر،فان کلامه ظاهر فی ان المودع

للجاريه انما هو المشترى،و مع هذا جعل هلاكها من البائع،و الحق فى المسأله انما هو ما ذكره فى المبسوط،و حمل كلامه فى النهايه على ذلك مما لا يخفى بعده.

الثانى [النفقه مده الاستبراء]

قال الشيخ فى النهايه و المفيد و ابن حمزه:النفقه مده الاستبراء على البائع،قال فى المختلف:و ليس بجيد،لأنها ملك المشترى و النفقه تابعه للملك انتهى و هو جيد،و نقل عنه ايضا القول بما ذهب اليه الشيخان،قال فى الدروس:

و النفقه على البائع مده الاستبراء عند الشيخين،و الفاضل تاره يقول به بشرط الوضع عند عدل،و تاره يقول النفقه على المشترى،لأنها تابعه للملك.انتهى و هو ظاهر فى اضطراب فتواه(قدس سره)فى هذه المسأله.

الثالث [موارد سقوط الاستبراء]

اشاره

-قد عرفت آنفا انه يسقط الاستبراء فى مواضع تقدم ذكرها إجمالا، و الواجب ذكرها مفصلا و بيان القول فيها مشروحا،فمنها

الصغيره

و قد تقدم ذكر الأخبار الداله عليها و ما فيها من الاشكال،و الجواب عن ذلك بما رزق الله سبحانه فهمه فى هذا المجال.

و منها اليائسه

و قد تقدمت فى جمله من الاخبار المتقدمه

كصحيحه عبد الرحمن ابن أبى عبد الله (١)و قوله(عليه السلام)فيها

«إذا قعدت عن المحيض أو لم تحض فلا عده عليها». و نحوها روايه عبد الله بن عمرو مرسله الصدوق،الا انه قد تقدم أيضا ما يشعر بالعده عليها و على الصغيره،مثل

روايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله (٢)

«فى الجاريه التى لم تحض أو قعدت عن الحيض كم عدتها؟قال:خمسه و أربعون ليله». و حملها بعض الأصحاب على الاستحباب،و حملها الشيخ على التى يخاف عليها الحبل،و ظنى أن ما قدمناه فى تأويلها أقرب،و بالجمله فإن هذه الروايه على

ظاهرها مخالفه للأصل و الشهره بل الإجماع فی الصغیره و الروایات المتقدمه،مضافا الی ضعف سندها.

و منها ما لو أخبر البائع بالاستبراء مع کونه ثقه

،و هو المشهور خلافا

1- 1) التهذیب ج 8 ص 172.

2- 2) التهذیب ج 8 ص 172.

لابن إدريس،و تبعه فخر المحققين فی شرح القواعد فأوجبا علیها الاستبراء،و الاخبار هنا لا یخلو من اختلاف.

و منها ما تقدم

فی حسنه حفص بن البختری (۱)من قوله(علیه السلام)

«ان وثق به فلا بأس ان یطأها». و ما تقدم

فی صحیحه الحلبی أو حسنته

«فی رجل اشتری جاریه و لم یکن صاحبها یطأها أ یستبری رحمها؟قال:نعم». و هی محموله علی عدم الوثوق به.

و منها ما رواه

الشیخ عن ابن سنان (۲)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن الرجل یشتری الجاریه و لم تحض؟قال:یعتزلها شهرا ان کانت قد یئست،قلت:

أ فرأیت ان ابتاعها و هی طاهره و زعم صاحبها انه لم یطأها منذ طهرت؟قال:ان کان عندک أمینا فمسها،فقال:ان ذا الأمر شدید فان کنت لا بد فاعلا فتحفظ لا تنزل علیها».

و ظاهر هذا الخبر لا یخلو من الاشکال،و حمله بعض مشایخنا(رضوان الله علیهم) علی کونه أمینا بحسب الظاهر،و ما تقدم فی روایه حفص علی کونه ثقه بحسب المعاشره،و لا بأس به،و اما الأمر باعتزالها شهر فلعله محمول علی من تحیض فی کل شهر،کذا ذکره بعض المحققین (۳)و فیه ان الروایه صریحه فی انها لم تحض فکیف تحمل علی من تحیض فی کل شهر.

و منها ما رواه

الشیخ عن ابی بصیر (۴)قال:

«قلت لأبی عبد الله(علیه السلام) الرجل یشتری الجاریه و هی طاهره و یزعم صاحبها انه لم یمسها منذ حاضت فقال:

ان ائتمنته فمسها». و عد هذه الروایه فی المسالک فی الصحیح،مع ان الراوی عن ابی بصیر و هو شعیب العقرقوفی هو قرینه یحیی بن القاسم الذی یعدون حدیثه

ص:۴۳۶

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۷۳.
۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۱۷۲.

۳- ۳) هو المحقق الأردبیلی فی شرح الإرشاد.منه رحمه الله).

۴- ۴) التهذیب ج ۸ ص ۱۷۳.

فی الضعیف.

و عن محمد بن حکیم (۱)عن العبد الصالح(علیه السلام)

«قال إذا اشتریت جاریه فضمن لک مولاها انها علی طهر فلا بأس ان تقع علیها»، و یجب تقیید إطلاقها بما دل علی اعتبار الوثاقه و الامانه،جمعا بینها و بین صحیحه الحلبی الناصه علی الاستبراء مطلقا.

و روی الشیخ المفید فی المقنعه مرسلا قال:

«و روی أنه لا بأس أن یطأ الجاریه من غیر استبراء لها إذا کان بائعها قد أخبره باستبرائها،و کان صادقا فی ظاهره مأمونا».

و عن محمد بن إسماعیل (۲)فی الصحیح قال:

«سألت أبا الحسن(علیه السلام) عن الجاریه تشتری من رجل مسلم یزعم انه قد استبرأها أ یجزی ذلک أم لا بد من استبرائها؟قال:أستبرئها بحیضتین،قلت:یحل للمشتری ملامستها؟قال:نعم و لا یقرب فرجها». و قد عرفت الکلام فی مثلها.

و ما رواه

فی الفقیه و التهذیب عن عبد الله بن سنان (۳)قال:

«قلت لأبی عبد الله (علیه السلام):أشتری الجاریه من الرجل المأمون فیخبرنی أنه لم یمسها منذ طمثت عنده و طهرت قال:لیس بجائز أن تأتیها حتی تستبرأها بحیضه،و لکن یجوز ذلک ما دون الفرج ان الذین یشترون الإماء ثم یأتونهن قبل أن یستبرؤهن فأولئک الزناه بأموالهم». و حملها الأصحاب علی الاستحباب جمعا و لا بأس به.

و اعلم أن جمله من الأصحاب قد عبروا هنا بالثقه کالمحقق فی کتابیه و غیره، قال فی المسالک:انما عبروا بالثقه لوروده فی النصوص المذکوره فی هذه الباب، و الظاهر أن المراد بالثقه العدل،لأنه الثقه شرعا،و به صرح فی النافع

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۷۳.
۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۱۷۳.
۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۲۸۲ التهذیب ج ۸ ص ۲۱۲.

مع احتمال الاكتفاء بمن تسكن النفس اليه و تثق بخبره.انتهى ملخصا.

و فيه أولا ـ أن ما ذكره من ورود لفظ الثقه فى النصوص ليس فى محله،و هذه نصوص المسأله كما تلوناها خاليه من ذلك،نعم ذلك فى عباره كتاب الفقه الرضوى الاتيه إنشاء الله تعالى،و لكن الكتاب غير مشهور عندهم،و ثانيا ان تفسير الثقه بالعدل شرعا كما ذكره،فيه ما ذكره بعض مشايخنا المحققين من متأخرى المتأخرين من أن هذا اصطلاح طار منهم(رضوان الله عليهم)غير موجود فى زمنهم(عليهم السلام) و بذلك يظهر أن الأظهر فى معناه انما هو ما جعله احتمالا فى المقام،كما صرح به جمله من متأخرى علمائنا الاعلام،و هو المفهوم من أخبار المسأله سيما مرسله المقنعه.

و منها ما لو كانت لامرأه

على المشهور،و خالف فيه ابن إدريس و تبعه فخر المحققين أيضا،و يدل على المشهور مضافا الى الأصل جمله من الاخبار منها ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن حفص (۱)عن ابى عبد الله(عليه السلام)

«فى الأمه تكون للمرأه فتبيعها؟قال:لا بأس ان يطأها من غير ان يستبرئها».

و عن رفاعه (۲)فى الصحيح قال:

«سألت أبا الحسن(عليه السلام)عن الأمه تكون لامرأه فتبيعها؟قال:لا بأس أن يطأها من غير أن يستبرأها».

و ما رواه

عن زراره (۳)فى الموثق قال:

«اشتريت جاريه بالبصره من امرأه فخبرتنى أنه لم يطأها أحد،فوقعت عليها و لم أستبرئها فسألت عن ذلك أبا جعفر (عليه السلام)فقال:هو ذا انا قد فعلت ذلك و ما أريد أن أعود». أقول:و من هذه الروايه يستفاد استحباب الاستبراء فى هذه الصوره.

و منها الحامل

على خلاف فى ذلك يأتى ذكره فى المسأله الاتيه إنشاء الله تعالى.

و منها الحائض

و قد تقدم ما يدل عليه فى صحيح الحلبى و موثق سماعه الدالان

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۷۴.

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۱۷۴.

۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۱۷۴.

على انتقالها اليه حال الحيض،و أنه يكفى فى صحه وطئها إتمام الحيضه و طهرها من الحيض،و التقريب فيهما ان التوقف على الطهر انما هو من حيث تحريم الوطى فى حال الحيض،لا من حيث الاستبراء،و وجوب العده بل الاستبراء و العده هنا ساقطه،و قد تقدم نقل الخلاف عن ابن إدريس فى ذلك،و لا وجه له كما عرفت هذا ما حضرنى من المواضع المنصوصه.

بقى الكلام هنا فى مواضع أخر منها-امه العنين و المجبوب و الصغير الذى لا يمكن فى حقه الوطى هل تلحق بأمه المرأه فى عدم الاستبراء أم لا؟ظاهر المحقق الأردبيلى فى شرح الإرشاد الأول،و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك الثانى، و لا بأس بنقل كلاميهما فى المقام و ان طال به زمام الكلام،لما فيه من مزيد الفائده لذوى الأفهام.

قال فى المسالك بعد ذكر حكم امه المرأه و هل يلحق به امه العنين و المجبوب و الصغير الذى لا يمكن فى حقه الوطى نظر،من المشاركه فيما ظن انه عله للحكم، و هو الا من من الوطى،و من انه قياس و المناسب للأصول الشرعيه عدم الإلحاق، و ليس من مواضع الاشكال ما لو باعتها المرأه لرجل فى المجلس فباعها حينئذ، بل لا يجب الاستبراء هنا قطعا،للعلم بعدم وطئ البائع،و قد يحتال لسقوط الاستبراء ببيعها لامرأه ثم شراؤها منها،لاندارجها حينئذ فى أمه المرأه نظر الى إطلاق النص من غير تعليل،و كذا لو باعها لرجل ثم اشتراها منه قبل وطيه لها،حيث يجوز ذلك.انتهى.

و قال المحقق المشار اليه:و اعلم ان الظاهر عدم الاستبراء فى أمه الطفل على الولى البائع،و لا على المشترى،و كذا امه المجبوب و العنين،و لا على التى علم عدم الوطء بيقين،مثل ان يملك رجل فى مجلس امه لا يجب استبراؤها،لكونها ملك امراه ثم باعها فى الحال،فإنه لا استبراء عليه،و لا على المشترى الذى يعلم ذلك مثلا،أو ان يكون بعيدا عنها بحيث لا يمكن الوصول إليها،أو قريبا و لكن

كان مع المشترى و لم تفارقه زمانا يمكن الوصول إليها،و غير ذلك.

و دليله الأصل مع عدم دليل صحيح على الوجوب،فإن عمده أدله وجوب الاستبراء على البائع هو الإجماع،مستندا الى بعض الاخبار،و لا إجماع فى أمثال ذلك على ما يظهر،للأصل،و الخبر ليس بحيث يشمل هذه الصور،لا عموما و لا خصوصا، و لان المفهوم من الروايات المتقدمات و عبارات الأصحاب ان ما لم يطأ و لا يتخوف من الحبل لا يجب الاستبراء،و لهذا قيد وجوبه على البائع بالوطء على المشترى باحتماله فى الروايات،مثل موثقه عمار الساباطى،ثم نقل الروايه كما قدمناه.

ثم قال:و يؤيده عدم الاستبراء فى أمه المرأه و الفرض انتفاء الوطى و الحبل فيما صورناه،فليس الحكم فيما ذكرناه ملحقا بحكم أمه المرأه للاشتراك فى عدم الوطى فيكون قياسا،بل مقتضى أصول الشريعه عدمه،كما قال فى شرح الشرائع:

على انه مسلم ان الصوره الأخيره ليست بمحل الإشكال،فإنه لا استبراء فيها من غير اشكال،ثم إذا نظر الى ما ذكرناه يظهر أن الحيله ببيع الأمه التى يجب استبراؤها على امراه ثم الاشتراء منه لا تنفع،و لا تسقط وجوب الاستبراء عن المشترى،فتأمل و احفظ و هو حسن فى الكل حتى فيما ذكرناه،فإنه فرج موصى بالاحتياط فيه فى الروايه.انتهى.

و هو جيد سيما فى رده عليه فى سقوط الحيله التى ذكرها فى الصورتين المذكورتين فى كلامه،فإنها حيله باطله،و كأنها مبنيه على ما هو المشهور بينهم من الحيله فى إسقاط العده عن البائنه،متعه كانت أو دائمه مختلعه أو مطلقه ثلاث،قالوا انها لو تزوجها الزوج الأول و تمتع بها ثم فارقها بغير دخول،فإنه لا عده عليها لا بالنسبه إلى الزوج المذكور و لا غيره،و يجوز لها التزويج بعد مفارقته لها ثانيه بشخص آخر غيره،لكونها غير مدخول بها،و فيه ان سقوط العده الأولى عنها فى هذه الصور انما هو بالنسبه إلى الزوج،فإنه يجوز له التزويج بها،و هذا الطلاق الثانى الواقع قبل الدخول و ان لم يترتب عليه العده اتفاقا،لكن الكلام فى العده الأولى،فإنها واجبه بالنص آيه

و روایه،و الإجماع،و غایه ما یستفاد سقوطها بالنسبه إلی الزوج،فیجوز له العقد علیها لعدم وجوب الاستبراء من مائه،و طلاقه لها بعد العقد المجرد عن الدخول لا یؤثر فی سقوط تلک العده،و هکذا القول فیما نحن فیه،فإنه لو باع رجل جاریه قد وطأها من غیر استبراء علی رجل آخر أو امرأه ثم باعها الرجل أو المرأه علی شخص آخر فان وجوب الاستبراء من ماء البائع الأول باق بأدله المتقدمه،الداله علی حکمه الاستبراء،و خوف الحبل،و لا دلیل علی سقوطها بهذا البیع الثانی من امرأه أو رجل،فالواجب علی هذا المشتری الثانی استبراؤها البته.

و مما یؤید ما ذکره المحقق المذکور ما وقفت علیه فی کتاب الفقه الرضوی حیث قال:(علیه السلام)فی عد وجوه النکاح الثالث نکاح ملک الیمین،و أن یبتاع الرجل الأمه فحلال نکاحها إذا کانت مستبرئه،و الاستبراء حیضه،و هو علی البائع،فإن کان البائع ثقه،و ذکر أنه استبرأها جاز نکاحها من وقتها،و ان لم یکن ثقه استبرأها المشتری بحیضه،و ان کانت بکرا أو لامرأه أو ممن لم تبلغ حد الإدراک استغنی عن ذلک انتهی.

و هو صریح فی عدم وجوب الاستبراء فی أمه الصغیر،و المجبوب و العنین فی معناه کما لا یخفی،بالتقریب الذی ذکره المحقق المذکور،و فیه زیاده علی ما تقدم کون الجاریه بکرا و هو جید،کما لا یخفی.

المسأله الثامنه [فی أحکام وطئ الحامل]

-اختلف الأصحاب(رضوان الله علیهم)لاختلاف الاخبار فی وطئ الحامل،فذهب الشیخ فی النهایه إلی انه لا یجوز الا بعد وضع الحمل، أو مضی أربعه أشهر و عشره أیام،فإن أراد وطأها قبل ذلک وطأها فیما دون الفرج.

و قال الشیخ المفید:انه لا یجوز له وطؤها حتی تمضی لها أربعه أشهر،فإذا مضی علیها أربعه أشهر وطأها ان أحب دون الفرج،فإن وطأها فیه فلیعزل عنها، و اجتناب وطؤها أحوط حتی تضع ما فی بطنها،فإن وطأها قبل مضی الأربعه الأشهر

أو بعد ذلک و لم یعزل عنها لم یحل له بیع الولد،لانه قد غذاه و انما بنطفته،و ینبغی ان یجعل له من ماله بعد وفاته قسطا و یعوله فی حیاته،و لا ینسب إلیه بالبنوه.

و قال أبو الصلاح:انه لا یحل حتی تمضی له أربعه أشهر دون الفرج،و فیه یشترط عزل الماء،و اجتنابها حتی تضع أحوط،و إذا وطأ لم یحل له بیع ولدها، و لا الاعتراف به ولدا و لکن یجعل له قسطا من ماله،لانه غذاه بنطفته،و اقتصر سلار علی الأربعه أشهر أیضا.

و قال ابن إدریس:و متی اشتری جاریه حاملا کره له وطؤها فی القبل،دون ان یکون ذلک محضورا علی الأظهر من أقوال أصحابنا،و هو الذی یقتضیه أصول المذهب سواه مضی لها أربعه أشهر،أو أقل منها،و شیخنا رجع فی مسائل خلافه عما ذکره فی نهایته،فقال:مسأله إذا اشتری امه حاملا کره له وطؤها قبل ان تمضی لها أربعه أشهر،فإذا مضی لها ذلک لم یکره له وطؤها حتی تضع،و قال الشافعی و غیره لا یجوز لها وطؤها فی الفرج،دلیلنا إجماع الفرقه،و الأصل الإباحه،و عدم المانع،ثم قال ابن إدریس:دلیلنا نحن علی صحه ما اخترناه قوله تعالی (1)«أَوْ مٰا مَلَکَتْ أَیْمٰانُکُمْ» فأباحنا تعالی وطؤ ما ملکت ایماننا بمجرد الملکیه،و الآیه عامه،فمن خصصها یحتاج الی دلیل،و الأصل الإباحه،و لا مانع من ذلک من کتاب و لا سنه مقطوع بها،أو إجماع.

أقول و بما ذکره الشیخ فی الخلاف من القول بالکراهه صرح فی کتابی الاخبار ایضا و قال فی المختلف:و المعتمد ان نقول ان کان الوطؤ عن زنا کره له وطؤها قبل مضی أربعه أشهر و عشره أیام من غیر تحریم»و ان کان حلالا أو بشبهه حرام وطؤها حتی تضع،و ذهب المحقق فی الشرائع إلی تحریم وطئها قبلا قبل ان یمضی لحملها أربعه أشهر و عشره أیام،و الکراهه بعده،و رجحه شیخنا الشهید الثانی فی المسالک و الروضه،و هو مذهب العلامه فی الإرشاد.

۱- ۱) سوره النساء الآیه-۳.

إذا عرفت ذلک فاعلم ان عد الحامل فی جمله من یسقط استبراءه کما تقدم، انما یتجه علی تقدیر القول بکراهه الوطء کما هو مذهب الشیخ فی الخلاف و کتابی الاخبار،و ابن إدریس علی تقدیر کون الحمل من الزنا،کما ذهب إلیه فی المختلف، أو بعد مضی الأربعه أشهر و العشره الأیام،و الواجب بسط ما وصل إلینا من أخبار المسأله المذکوره،ثم الکلام فیها بما رزق الله سبحانه فهمه منها،مستمدین منه جل شأنه التوفیق إلی هدایه سواء الطریق.

فمن الاخبار المشار إلیها ما رواه

فی الکافی.عن محمد بن قیس (1)عن أبی جعفر(علیه السلام)قال:

فی الولیده یشتریها الرجل و هی حبلی؟قال:لا یقربها حتی تضع ولدها».

و عن رفاعه بن موسی (2)فی الصحیح عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

سألته عن الأمه الحبلی یشتریها الرجل فقال:سئل عن ذلک أبی(علیه السلام) فقال:أحلتها آیه،و حرمتها آیه أخری،فأنا ناه عنها نفسی و ولدی،فقال الرجل أنا أرجو أن انتهی إذا نهیت نفسک و ولدک».

أقول:الظاهر أن الآیه المحلله هی ما استدل بها ابن إدریس من قوله «أَوْ مٰا مَلَکَتْ أَیْمٰانُکُمْ» (3)و الآیه المحرمه قوله سبحانه (4)«وَ أُولاٰتُ اَلْأَحْمٰالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ یَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ» .

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن أبی بصیر (5)قال:

«قلت لأبی جعفر (علیه السلام):الرجل یشتری الجاریه و هی حامل ما یحل له منها؟قال:ما دون الفرج»الحدیث.

و ما رواه

فی الکافی عن زراره (6)فی الموثق قال:

«سألت أبا جعفر(علیه السلام)

1- 1) الکافی ج 5 ص 475.

2- 2) الکافی ج 5 ص 474.

3- 3) سوره النساء الآیه 3.

4- 4) سوره الطلاق الآیه-4.

۵- ۵) الكافى ج ۵ ص ۴۷۵.

۶- ۶) الكافى ج ۵ ص ۴۷۵.

عن الجاريه الحلبى يشتريها الرجل فيصيب منها دون الفرج؟فقال:لا بأس،قلت فيصيب منها فى ذلك؟قال:تريد تغره».

قال بعض مشايخنا(عطر الله مراقدهم)فى حاشيه له على هذا الخبر فى معنى قوله«تغره»:أى تصير المشترى مغرورا بجواز الوطء و يحصل الولد،و لا يعلم أنه من أيهما،أو يغذيه بنطفته فيكون عليه ما ورد فى بعض الاخبار من أن يوصى له، و يعتقه و غير ذلك انتهى،و المعنى الثانى أقرب.

و ما رواه

فى التهذيب عن إسحاق بن عمار (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله(عليه السلام) عن الجاريه يشتريها الرجل و هى حبلى أ يقع عليها؟قال:لا».

و عن مسعده بن زياد (۲)قال:

«قال أبو عبد الله(عليه السلام)يحرم من الإماء عشره:لا يجمع بين الام و البنت و لا بين الأختين،و لا أمتك و هى حامل من غيرك حتى تضع»الحديث.

و عن مسمع كردين (۳)عن أبى عبد الله(عليه السلام) قال:

«قال أمير المؤمنين (عليه السلام):عشره لا يحل نكاحهن و لا غشيانهن،أمتك أمها أمتك،الى ان قال:

و أمتك و قد وطئت حتى تستبرئ بحيضه،و أمتك و هى حبلى من غيرك»الحديث.

و ما رواه

فى كتاب عيون أخبار الرضا(عليه السلام)عن الحسن بن عبد الله ابن محمد الرازى (۴)عن أبيه

«عن الرضا(عليه السلام)عن آبائه(عليهم السلام) قال:نهى رسول الله(صلى الله عليه و آله)عن وطء الحبالى حتى يضعن».

و ما رواه

فى قرب الاسناد عن إبراهيم بن عبد الحميد (۵)قال:

«سألت أبا الحسن (عليه السلام)عن الرجل يشترى الجاريه و هى حبلى أ يطأها قال:لا يقربها».

و عن إبراهيم بن عبد الحميد (۶)قال:

«سألت أبا إبراهيم(عليه السلام)

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۷۶.

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۱۹۸.

۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۱۹۸.

۴- ۴) الوسائل الباب-۸ و ۵-من أبواب نكاح العبيد.

۵- ۵) الوسائل الباب-۸ و ۵-من أبواب نكاح العبيد.

۶- ۶) الوسائل الباب-۸ و ۵-من أبواب نكاح العبيد.

عن الرجل یشتری الجاریه و هی حبلی أ یطأها؟قال:لا،قلت:فدون الفرج قال لا یقربها».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن رفاعه (۱)فی الصحیح قال:

«سألت أبا الحسن موسی(علیه السلام)فقلت:أشتری الجاریه فیمکث عندی الأشهر لا تطمث و لیس ذلک من کبر فأریها النساء فیقلن:لیس بها حبل،فلی أن أنکحها فی فرجها؟ فقال:ان الطمث قد تحبسه الریح من غیر حبل فلا بأس أن تمسها فی الفرج،قلت:

و ان کانت حبلی فما لی منها ان أردت؟قال:لک ما دون الفرج».

هکذا فی روایه الکافی،و زاد فی التهذیب

«الی أن تبلغ فی حبلها أربعه أشهر و عشره أیام،و إذا جاز حملها أربعه أشهر و عشره أیام فلا بأس بنکاحها فی الفرج،قلت:ان المغیره و أصحابه یقولون:لا ینبغی للرجل ان ینکح امرأه و هی حامل قد استبان حملها حتی تضع فیغذو ولده،فقال:هذا من أفعال الیهود».

و رواه فی الفقیه مرسلا الی قوله

«فلا بأس ان یمسها فی الفرج».

و ما رواه

المشایخ الثلاثه(نور الله تعالی مراقدهم)عن إسحاق بن عمار (۲)فی الموثق قال:

«سألت أبا الحسن(علیه السلام)عن رجل اشتری جاریه حاملا-و قد استبان حملها فوطئها قال:بئس ما صنع قلت:فما تقول فیه؟قال:اعزل عنها أم لا-؟فقلت:أجبنی فی الوجهین،قال:ان کان عزل عنها فلیتق الله و لا-یعود،و ان کان لم یعزل عنها فلا یبیع ذلک الولد،و لا یورثه و لکن یعتقد و یجعل له شیئا من ماله یعیش به،فإنه قد غذاه بنطفته».

و ما رواه

فی التهذیب عن السکونی (۳)عن ابی عبد الله(علیه السلام)

ص :۴۴۵

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۷۵ التهذیب ج ۷ ص ۴۶۹.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۸۷ الفقیه ج ۳ ص ۲۸۴ التهذیب ج ۸ ص ۱۷۹.

٣- ٣) التهذيب ج ٨ ص ١٧٩.

«ان رسول الله(صلی الله علیه و آله)دخل علی رجل من الأنصار و إذا ولیده عظیمه البطن تختلف،فسأل عنها؟فقال:اشتریتها یا رسول الله و بها هذا الحبل،قال:

أ قربتها؟قال:نعم،قال:أعتق ما فی بطنها،قال:یا رسول الله و بما استحق العتق؟ قال:لان نطفتک غذت سمعه و بصره و لحمه و دمه».

و عن غیاث بن إبراهیم (۱)عن ابی عبد الله(علیه السلام)انه قال:

من جامع امه حبلی من غیره فعلیه ان یعتق ولدها و لا یسترق،لانه شارک فی إتمام الولد».

و ما رواه

فی الفقیه عن الصیقل (۲)عن ابی عبد الله(علیه السلام) قال:

« سمعته یقول:و سئل عن رجل اشتری جاریه ثم وقع علیها قبل ان یستبرئ رحمها قال:بئسما صنع،یستغفر الله و لا یعود،قلت:فإنه باعها من آخر و لم یستبرئ رحمها،ثم باعها الثانی من رجل آخر فوقع علیها و لم یستبرئ رحمها،فاستبان حملها عند الثالث،فقال:أبو عبد الله(علیه السلام):الولد للفراش و للعاهر الحجر».

هذا ما حضرنی الان من أخبار المسأله المذکوره و أنت خبیر بأن جمله منها قد دلت علی النهی عن وطئها مطلقا،و جمله حتی تضع ولدها،و الأول منها مقید بالثانی فیرجعان إلی أمر واحد،و أکثر أخبار المسأله من هذا القبیل.

و بعض إذا جاز حملها أربعه أشهر و عشره أیام و هو صحیحه رفاعه خاصه بروایه الشیخ فی التهذیب کما تقدم ذکره،فظاهر الشیخ فی النهایه القول بالتحریم کما هو ظاهر الاخبار کلا،و التخییر فی الغایه بین وضع الحمل،أو مضی أربعه أشهر و عشره أیام،جمعا بین ما دل علی الغایتین بالتخیر،و الیه یرجع قول الشیخ المفید و من وافقه.

و ظاهر العلامه فی المختلف القول بالتحریم الی وضع الحمل إذا کان الوطؤ حلالا أو شبهه،و اما لو کان زنی فإنه لا یحرم،بل یجوز علی کراهه،و ظاهره

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۷۹.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۲۸۵ التهذیب ج ۸ ص ۱۶۸.

حمل روایه الأشهر علی الزنا،و ان النهی فیها علی جهه الکراهه،و سیأتی إنشاء الله تعالی-ما فیه.

و المحقق و من تبعه أخذوا بظاهر الروایات المذکوره،و حکموا بالتحریم قبل مضی الأربعه الأشهر،لاتفاق الاخبار علی ذلک،و انما اختلفت فیما بعد المده المذکوره،من کون الغایه هی المده المذکوره أو وضع الحمل،فجمعوا بینها بحمل النهی فیما زاد علی المده المذکوره علی الکراهه.

قال فی المسالک:و المصنف رحمه الله علیه أطلق الحکم بالتحریم قبل الأربعه و العشره،و الکراهه بعدها و هو أوضح وجوه الجمع اما الإطلاق بحیث یشمل الجمیع،فلإطلاق النص الشامل لها،و اما الحکم بالتحریم قبل المده المذکوره فلاتفاق الاخبار اجمع علیه،و الأصل فی النهی التحریم،و اما بعدها فقد تعارضت الاخبار،فیجب الجمع بینها و حمل النهی حینئذ علی الکراهه-لتصریح بعضها بنفی البأس-طریق واضح فی ذلک.انتهی.

و اما ما ذکره ابن إدریس و نقله عن الشیخ فی الخلاف من القول بالکراهه فلا اعرف له وجها بعد ما عرفت من هذه الاخبار التی ذکرناها،و ما ذکره من الاستدلال بالآیه،و ان تخصیصها یحتاج الی دلیل،فالدلیل کما عرفت واضح، و مناره لائح،و ای دلیل یراد بعد هذه الاخبار المستفیضه الصریحه فی التحریم المتفقه علیه،و انما اختلفت بالنسبه إلی غایته من انها الوضع،أو مضی الأشهر المذکوره کما سمعت،و لکنه لعدم مراجعته الاخبار حق المراجعه معذور فیما ذکره،و ان کان غیر معذور شرعا.

و الذی یقرب عندی من صحیحه رفاعه بن موسی الاولی و عدم جواب أبیه (علیه السلام)صریحا-بعد سؤال السائل عن الأمه الحبلی،و عدوله فی الجواب الی ما ذکره،-ان هذه التعمیه إنما خرجت مخرج التقیه،و الظاهران المخالفین

قائلون بجواز الوطی فلم یصرح بالمنع و التحریم،کما استفاضت به أخبار المسأله،و عدل الی هذا الجواب المعمی،و جعل التحریم و المنع علی جهه الاحتیاط لتعارض الآیتین المتقدمتین،و أنت خبیر بأنه بالنظر الی ما سردناه من الاخبار یجب تخصیص آیه«الملک»بآیه «وَ أُولاٰتُ اَلْأَحْمٰالِ» لاستفاضه الاخبار و اتفاقها کما عرفت علی التحریم،و انما اختلفت فی الغایه.

و بالجمله فالقول بالتحریم مما لا یعتریه شبهه الإشکال فی هذا المجال،و انما الکلام فی الغایه،من أنها الوضع،أو مضی الأشهر المذکوره،و الأول أظهر دلیلا لتأید أخباره بالآیه المشار إلیها فی صحیح رفاعه،و هی آیه «وَ أُولاٰتُ اَلْأَحْمٰالِ» فإن ظاهر الخبر عمومها للحره و الأمه،و احتمال آیه غیرها فی الخبر بعید،و التی صرح به جمله من الأصحاب فی معنی الخبر المذکور انما هو هذه الآیه،و تأیده کذا أیضا بالأخبار المطلقه،و هی جل الأخبار المسأله،و الجمع بین الاخبار بالکراهه و ان اشتهر بین أصحابنا(رضوان الله علیهم)إلا انک قد عرفت ما فیه فی غیر موضع مما تقدم.

و کیف کان فالاحتیاط یقتضی الوقوف علی جعل الغایه وضع الحمل،کما ذکره العلامه فی المختلف و ان خصه بالحمل من غیر الزنا.

إذا عرفت ذلک فاعلم أن من الأصحاب من جمع بین الاخبار بحمل النهی المغیا بالوضع علی الحامل من حل أو شبهه أو مجهولا،و المغیا بالأربعه الأشهر و العشره علی الحامل من الزنا،و منهم من ألحق المجهول بالزنا فی هذه،و منهم من أسقط اعتبار الزنا،و جعل التحریم بالغایتین لغیره.

أقول:و الأول من هذه الوجوه هو ظاهر العلامه فی المختلف،الا انه حمل النهی فی هذه الصوره علی الکراهه،لما اشتهر فی کلامهم من ان ماء الزنا لا حرمه له شرعا (۱)قال فی المسالک:نعم ینبغی فی الحمل من الزنا-لان المعهود من الشارع

۱- ۱) قال فی الدروس:و استبراء الحامل بوضع الحمل الا أن یکون عن زنا،فلا حرمه له،و المشهور أن یستبرأها الشهر و عشره أیام وجوبا عن القبل لا غیر و أن الوطأ بعده مکروه الی أن یضع،فیعزل و ان انزل کره بیع الولد،انتهی،و فیه دلاله علی اختیاره بما نقلناه عن العلامه فی المختلف من ان الغایه وضع الحمل الا من الزنا،و جعل الغایه المذکوره نسبته الی المشهور بعد فتواه بالأول،و فیه تصریح باختصاص التحریم بالقبل کما اخترناه.منه رحمه الله.

إلغاء اعتباره من العده و الاستبراء فی غیر محل النزاع،فلو قیل بالجواز فیه مطلقا کان حسنا،انتهی.

و فیه أولا أنه لا إیناس فی صحیحه رفاعه المشتمله علی التحدید بالأشهر بکون ذلک زنا،فضلا عن الدلاله،و لا فی غیرها من روایات المسأله،و ثانیا أن ما ادعوه من عدم وجوب العده و الاستبراء علی الزانیه-و هو السبب فی حملهم الروایه المذکوره علی ذلک-ممنوع بما دل علی ذلک من الاخبار الداله علی خلاف ما ذکروه و منها ما رواه

فی الکافی عن إسحاق بن جریر (۱)عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«قلت له الرجل یفجر بالمرأه ثم یبدو له فی تزویجها هل یحل له ذلک؟قال:

نعم إذا هو اجتنبها حتی تنقضی عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور فله ان یتزوجها، و انما یجوز له تزویجها بعد أن یقف علی توبتها».

و ما رواه

الحسن بن علی بن شعبه (۲)فی کتاب تحف العقول عن أبی جعفر الجواد(علیه السلام)

أنه سئل عن رجل نکح امرأه علی زنا أ یحل له أن یتزوجها؟ فقال:یدعها حتی یستبرأها من نطفته و نطفه غیره،إذ لا یؤمن منها أن یکون قد أحدثت مع غیره حدثا کما أحدثت معه؟ثم یتزوج بها إذا أراد،فإنما مثلها مثل نخله،أکل

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۵۶.

۲- ۲) تحف العقول ل ۳۳۸ المطبوع فی النجف الأشرف سنه ۱۳۹۴ه.

رجل منها حراما ثم اشتراها فأكل منها حلالا». و يؤيده قولهم(عليهم السلام)فى عده من الاخبار إذا أدخلها فقد وجبت العده و الغسل و المهر و الرجم،و قولهم(عليهم السلام) ان العده من الماء.

و بذلك يظهر ما فى كلام شيخنا المتقدم ذكره،من أن المعهود من الشارع إلغاء اعتباره من العده،فإنه مبنى على ما تكاثر من الاخبار من إطلاق جواز التزويج بالزانيه،الا أنه بعد ورود هذه الروايات يجب تقييد الإطلاق المذكور بها.

ثم ان موثقه إسحاق بن عمار و روايتى السكونى و غياث قد اشتركت فى الدلاله على الأمر بعتق الولد متى أنزل عليها و هى حامل بعد شرائها،و ظاهرها الوجوب، و يشير اليه قوله فى روايه غياث،«فعليه»و يؤكده النهى عن بيعه فى موثقه إسحاق الذى هو حقيقه فى التحريم.

و الموجود فى كلام الأصحاب الحكم بالاستحباب،و لا أعرف له وجها بعد اتفاق الاخبار عليه مع عدم المعارض فى المقام،سوى إطلاق ما دل على تملكه مع أمه بالشراء،و الواجب تخصيصه بهذه الاخبار،و الظاهر انهم انما صاروا الى الاستحباب لضعف الاخبار،كما يشير اليه كلام المحقق الأردبيلى حيث اعترف بدلاله روايتى السكونى على وجوب العتق،قال:فتحمل على الاستحباب لعدم الصحه للجمع،و فيه ما عرفت فى غير موضع مما تقدم.

و بالجمله فإن من لا يرى العمل بهذا الاصطلاح المحدث،فإنه لا يرتاب فى وجوب العتق لما ذكرنا،و كذلك ما دلت عليه موثقه إسحاق من انه يجعل له شيئا من ماله يعيش به،فالظاهر حمله على الوجوب،و ان كان الموجود فى كلامهم هو الاستحباب.

و ظاهر الأصحاب هو كون هذا الحكم وجوبا أو استحبابا مترتبا على الجماع بعد تحقق الحمل،أعم من ان يكون قبل الأشهر المذكوره أو بعدها ما لم تضع،

و ظاهر موثقه إسحاق بن عمار كون الجماع وقع بعد الشراء،و ان الحكم بما ذكرنا انما يترتب على ذلك،الا أن روايتى السكونى و غياث مطلقتان فى ذلك،فيحتمل تقييدهما بالموثقه المذكوره،و تخصيص الحكم بما قبل الأشهر المذكوره،و لكن ظاهر التعليل بالتغذيه يعطى الوقوف على ما ذكره الأصحاب،(رضوان الله عليهم) و الله العالم.

ثم ان من جمله الأصحاب من أطلق المنع من الوطى هنا فيما يشمل القبل و الدبر،و بعضها خصه بالقبل كما تقدم نقله عن المحقق فى الشرائع،و به جزم فى الدروس،قال فى المسالك:و تخصيص المصنف الوطى بالقبل هو الظاهر من النصوص،فإن النهى فيها معلق على الفرج،و الظاهر منه اراده القبل و فى روايه أبى بصير«له منها ما دون الفرج»و ربما قيل بإلحاق الدبر به،بدعوى صدق اسم الفرج عليها، و بأن فى بعض الاخبار«فلا يقربها حتى تضع»الشامل للدبر،و غيرهما خارج بدليل آخر،و هو أولى.انتهى.

أقول لا يخفى ان الروايات المتقدمه قد تضمنت كلا الأمرين المذكورين، و لكن إطلاق الاخبار انما يحمل على الافراد الشائعه المتكثره،دون الفروض النادره كما تقرر فى كلامهم،و الشائع المتبادر من الإطلاق انما هو القبل،و يؤكده الروايات الداله على انه مع إتيانها حال الحمل فإنه يعتق الولد،لأنه غذاه بنطفته، و شارك فيه،و هذا لا يمكن فرضه فى الجماع فى الدبر،كما هو ظاهر،و الاحتياط يقتضى المنع من الجميع بل الملاعبه و نحوها كما تقدم فى الاخبار.و الله العالم (١).

ص :۴۵۱

١- ١) قال المحقق الأردبيلى فى شرح الإرشاد:و الظاهر ان الدبر كالقبل كما فى صحيحه محمد بن قيس لا يقربها،و كذا روايه إبراهيم،و فى روايه إسحاق لا يقع عليها،و لا يبعد شمول السؤال حينئذ لها و هو فى الروايات، و يؤيده التحريم مطلقا فى غير الاستبراء،و قد مر فتأمل-انتهى و فيه ما عرفت فى الأصل.منه(رحمه الله).

المسأله التاسعه-لو اشترى جاريه و أولدها ثم ظهر أنها مستحقه لغير البائع

، فإنه يجب عليه ردها الى مالكها،و قد صرح جمله من الأصحاب بأنه يغرم عشر قيمتها- ان كانت بكرا و أزال بكارتها-أرش البكاره،و نصف العشر ان كانت ثيبا للدخول بها،و هو المشهور،و قيل مهر أمثالها و الولد حر،و على أبيه أن يغرم قيمته لسيد الجاريه يوم سقوطه حيا،إذ لا قيمه له قبل ذلك و بعده،فإنه حر ليس لسيد الجاريه عليه سبيل،الا انه لما كان نماء ملكه و قد فوته المشترى،فعليه ان يغرم له قيمته، ثم ان المشترى بعد ذلك يرجع بالقيمه على البائع الذى غره،و يرجع أيضا بقيمه الولد،و هل ترجع بما حصل له فى مقابلته نفع مثل ما دفع الى السيد من العشر أو نصفه،إذ المهر على القول به فى مقابله الانتفاع بالبضع،و كأجره الخدمه،قولان، فقيل:نعم،لأن البائع أباحه بغير عوض،و غره بالانتفاع بمجرد دفع الثمن، و لو علم ان له عوضا لم ينتفع به،فلو لم يرجع يلزم الظلم و الغرم عليه،مع كونه جاهلا من جهه البائع الغاصب الذى خدعه،و قيل:لا يرجع،نظرا الى ما حصل له من الانتفاع فى مقابله ذلك،فيلزم من رجوعه الجمع بين العوض و المعوض،فيحصل الظلم على البائع،هذا كله إذا كان جاهلا كما هو المفروض أولا،فلو كان عالما بأنها مستحقه للغير فالولد رق للمالك،و الواطئ زان يلزمه العقر،و لا يرجع به و لا بغيره مما اغترمه (۱)و الظاهر كما هو أحد القولين هو انه لا فرق فى ثبوت العقر بالوطء

۱- ۱) أقول ظاهر شيخنا الشهيد فى اللمعه و شيخنا الشهيد الثانى فى شرحها أنه يرجع المالك على المشترى عالما أو جاهلا بالعين،و فيها المستوفاه منها لو فاتت تحت يده،ثم ان المشترى يرجع بذلك على البائع،لما تقرر من رجوع المشترى الجاهل بفساد البيع على البائع بجميع ما يغرمه، و لم ينقل خلافا فى ذلك،مع أن المسأله محل خلاف فى كلامهم كما أشرنا إليه فى الأصل.منه رحمه الله.

للمالك،بين علم الأمه بعدم صحه البيع و جهلها،لان ذلک حق لمولاها.

و قال فی الدروس:أنه لا یرجع علیه بالمهر الا مع الإکراه،استنادا إلی أنه لا مهر لبغی،و فیه ما عرفت من أن المهر انما هو حق للمالک،و الخبر المذکور انما أرید به الحره،و اضافه المهر إلیها بلام الاستحقاق ظاهر فی ذلک،و لذا یطلق علیها المهیره.

و الذی وقفت علیه من الاخبار المتعلقه بهذه المسأله ما رواه

فی الکافی.و التهذیب عن جمیل بن دراج (۱)فی الصحیح عن بعض أصحابنا عن أبی عبد الله(علیه السلام)

«فی رجل اشتری جاریه فأولدها فوجدها مسروقه؟قال:یأخذ الجاریه صاحبها، و یأخذ الرجل ولده بقیمته».

و ما رواه

فی الکافی عن حریز (۲)عن زراره قال:

«قلت لأبی جعفر(علیه السلام):

الرجل یشتری الجاریه من السوق فیولدها،ثم یجیء رجل فیقیم البینه علی أنها جاریته لم یبع لو لم یهب،قال:فقال:یرد الیه جاریته و یعوضه مما انتفع،قال:

کأنه معناه قیمه الولد». قال بعض مشایخنا رضوان الله علیهم:قوله«قال»الظاهر أنه من کلام حریز،و ان زراره فسر العوض بقیمه الولد،و لکنه لم یجزم،لانه یمکن ان یکون بإزاء الوطی من العشر أو نصف العشر.انتهی.

و ما رواه

الشیخ فی التهذیب عن جمیل بن دراج (۳)فی الموثق عن أبی عبد الله (علیه السلام)

«فی الرجل یشتری الجاریه من السوق فیولدها ثم تجیء مستحق الجاریه فقال:یأخذ الجاریه المستحق،و یدفع المبتاع قیمه الولد،و یرجع علی من باعه بثمن الجاریه و قیمه الولد الذی أخذت منه».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۱۵ التهذیب ج ۷ ص ۶۴.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۱۶ التهذیب ج ۷ ص ۶۵.
۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۸۲.

و عن زراره (۱)قال:

«قلت لأبی عبد الله(علیه السلام):رجل اشتری جاریه من سوق المسلمین فخرج بها الی أرضه،فولدت منه أولادا ثم أتاها من زعم انها له،و أقام علی ذلک البینه،قال:یقبض ولده و یدفع إلیه الجاریه و یعوضه فی قیمه ما أصاب من لبنها و خدمتها». قال فی الاستبصار:یقبض ولده یعنی بالقیمه،قال فی الوافی فی بعض النسخ:«ثم ان أباها یزعم انها له»و لیس بواضح انتهی.و هو جید، و الظاهر انه تحریف من قلم الشیخ(رضی الله عنه)و کم له من أمثاله کما تقدمت الإشاره إلیه فی مواضع عدیده من کتب العبادات.

و أنت خبیر بان هذه الاخبار علی تعددها لا دلاله فیها علی ان المشتری یغرم العشر،أو نصف العشر،أو مهر المثل للمالک،و الأصحاب انما استند وافی العشر أو نصفه فی هذا المقام إلی

صحیحه الولید بن صبیح (۲)عن ابی عبد الله(علیه السلام)

«فی رجل تزوج امرأه حره فوجدها أمه،قد دلست نفسها له،فقال:ان کان الذی زوجه إیاها من غیر موالیها فالنکاح فاسد،قلت:فکیف یصنع بالمهر الذی أخذت منه؟فقال:ان وجد مما أعطاها شیئا فلیأخذه،و ان لم یجد شیئا فلا شیء له علیها، و ان کان زوجها إیاه ولی لها ارتجع علی ولیها بما أخذت منه،و لموالیها علیه عشر ثمنها ان کانت بکرا،و ان کانت غیر بکر فنصف عشر قیمتها بما استحل من فرجها،قال:و تعتد منه عده الأمه،قلت:فان جاءت منه بولد قال:أولادها منه أحرار إذا کان النکاح بغیر إذن الموالی».

و مورد هذه الروایه انما هو تدلیس المرأه نفسها بدعوی الحریه مع کونها أمه،و تدلیس الزوج لها،و بعض الأصحاب و ان عبر فی هذا المقام بعباره تدخل تحت مضمون هذه الروایه،مثل قول المحقق فی الشرائع«من أولد الجاریه ثم

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۸۳.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۰۴ التهذیب ج ۷ ص ۴۲۲.

ظهر أنها مستحقه انتزعها المالك»الی آخره الا أن ذکره المسأله فی بحث بیع الحیوان قرینه علی ما عنونا به المسأله،کما صرح به فی الدروس حیث قال:و لو ظهر استحقاق الأمه المبتاعه.

و بالجمله فإن ظاهرهم عدم الفرق بین مورد الروایه و ما نحن فیه،و لعله من حیث الاشتراک فی الدخول بالبکر أو الثیب مع جهل الواطئ بالحال،فإنه حاصل فی کل من المسألتین،و ان کان العله فی أحدهما بیع الغاصب و فی الأخری التدلیس علی أن متن الروایه المذکوره أیضا لا یخلو من الاشکال (۱).

و بالجمله فالمسأله کما ذکرنا غیر خالیه من شوب التوقف و التردد،ثم ان قوله فی الروایه المذکوره فإن أولادها منه أحرار علی إطلاقه لا یخلو من الاشکال و لذا قیده الشیخ(رحمه الله علیه)تاره بما إذا دفع الأب قیمه الولد یوم سقوطه حیا لمولی الجاریه،و أخری بما إذا کان تزویجه لها بعد قیام البینه بما ادعته من الحریه،و حینئذ یأخذ ابنه من غیر قیمه،و استند فی الحمل الأول إلی

موثقه سماعه (۲)و فیها

«و علی مولاها أن یدفع ولدها إلی أبیه«فقیمته». -کذا فی النسخ و الظاهر بقیمته بالباء بدل الفاء-«یوم یصیر الیه»الحدیث»،و فی الثانی إلی

موثقه أخری لسماعه (۳)أیضا،و فیها قال:

«ولدها مملوکون الا أن یقیم البینه أنه شهد له شاهدان أنها حره فلا یملک ولده،و یکونون أحرارا». و مثلها روایه زراره ثم ان غایه ما دلت علیه أخبار المسأله المتقدمه-بعد حمل مطلقها علی مقیدها-هو أن المشتری یأخذ ولده بعد دفع القیمه إلی مولی الجاریه،و أن المشتری یرجع علی البائع بقیمه الجاریه و قیمه ولدها،

۱- ۱) و وجه الاشکال أن قوله و ان زوجها إیاه ولی لها ارتجع علی ولیها، فإنها لا یعقل اللامه ولی غیر المولی،و متی أرید به الولی فکیف یتم قوله «و لموالیها علیه عشر قیمتها»الی آخره،إذ لا معنی لرجوع الزوج علی المولی بالمهر،و رجوع المولی علی الزوج بالعشر أو نصفه،منه رحمه الله.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۲۵۰ و فیه«بقیمته».

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۲۵۰.

و روایه زراره الثانیه دلت علی ان المشتری یعوض المولی عما أصاب من لبنها -یعنی الذی أرضعت به ابنه-و ما أصاب من خدمتها لان ذلک مستحق للمولی،و به صرح بعض الأصحاب أیضا.

و اما ما اختلفوا فیه من رجوع المشتری علی البائع،بما حصل له فی مقابلته نفع،کالعشر و نصفه الذی دفعه لمولی الجاریه،و أجره الخدمه فلیس فی هذه الروایات تعرض له،و لا فی صحیحه الولید بن صبیح التی تضمنت ذلک اشاره الیه فضلا عن التصریح به،و الاعتماد علی ما ذکروه من هذه التعطیلات العلیله غیر صالح لتأسیس الأحکام الشرعیه،کما تقدم من التنبیه علیه فی غیر مقام و الأصل العدم حتی یقوم علیه دلیل شرعی واضح،و قد تقدم فی مسأله البیع الفضولی ما ینبه علی ما ذکرناه، و کذلک القول بالمهر عوض العشر أو نصف العشر (۱)،فانا لم نقف فیه علی دلیل،و انما الموجود العشر أو نصف العشر علی ما عرفت من الاشکال فیه.

و من اخبار المسأله التی نحن فیها خبر مشکل لم یتعرض له الأصحاب فی هذا الباب،و هو ما رواه

المشایخ الثلاثه(عطر الله مراقدهم)فی الصحیح علی بعض الطرق عن محمد بن قیس (۲)عن أبی جعفر(علیه السلام) قال:

«قضی أمیر المؤمنین (علیه السلام)فی ولیده باعها ابن سیدها و أبوه غائب،فاستولدها الذی اشتراها فولدت منه غلاما ثم جاء سیدها الاولی فخاصم سیدها الأخر فقال:ولیدتی باعها ابنی بغیر اذنی،فقال:الحکم ان یأخذ ولیدته و ابنها؟فناشده الذی اشتراها فقال له:

۱- ۱) و الظاهر علی ما ذکره بعض الأصحاب ان هذا القول مبنی علی اطراح النص الوارد فی المسأله لأن القاعده الکلیه فی عوض البضع بمنزله قیمه المثل فی غیره،و لعل اطراح هذا القائل النص المذکور لما عرفت مما قدمنا ذکره.منه رحمه الله.
۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۷۴ الفقیه ص ۱۴۰.

خذ ابنه الذی باعک الولیده حتی ینفذ لک البیع،فلما أخذه قال له أبوه:أرسل ابنی فقال:لا و الله لا أرسل إلیک ابنک حتی ترسل إلی ابنی،فلما رای ذلک سید الولیده أجاز بیع ابنه».

و أنت خبیر بما فیه من الخروج عن مضامین الأخبار المتقدمه،مع أن مورده مثلها،و یمکن علی بعد أن یقال:أن حکمه(علیه السلام)بأخذ الولد مع الجاریه لأجل أن یزاد إلیه الأب قیمه الولد کما عرفت من الاخبار المتقدمه،و حکمه بأخذ المشتری لولد البائع الذی باعه الجاریه لأجل أن یرد إلیه قیمه الجاریه و قیمه الولد التی غرمها لأبیه،الا أنه بعید عن سیاق الخبر المذکور،فان ظاهره أن أخذ کل منهما لولد الأخر لیس باعتبار ما ذکرناه،کما یشیر الیه قوله خذ ابنه الذی باعک حتی ینفذ لک البیع،فإنه ظاهر فی ان حبس الابن عنده انما هو لأجل إنفاذ البیع و أجازته،لا لأجل الثمن أو القیمه (۱).

و بالجمله فإنه مرجوع الی قائله(علیه السلام)و لعله لمصلحه لا نعلمها، و فیه دلاله علی صحه بیع الفضولی و توقفه علی الإجازه کما هو المشهور،مع ما عرفت من الاخبار الداله علی البطلان کما تقدم فی المسأله المذکوره،و لکن

۱- ۱) قال فی الدروس:و روی محمد بن قیس فی ولیده باعها ابن سیدها فاستولدها المشتری ینتزعها الأب و ولدها،و للمشتری أخذ البائع لیجیز أبوه البیع،و هی قضیه علی(علیه السلام)فی واقعه،و لعل ذلک لاستصلاح منه(علیه السلام)و فیها دلاله علی أن العقد الفضولی موقوف و علی أن الإجازه کاشفه انتهی،و مؤید لما ذکرناه فی الأصل من عدم إمکان التأویل المذکور،فیحمل علی الظاهر علی انها قضیه و واقعه مخصوصه فلا یتعدی الی غیر موضعها،لا فی صحه العقد الفضولی و لا غیره»لما عرفت من الاخبار الداله علی بطلانه.منه رحمه الله.

هون الأمر فيه ما هو عليه من المخالفه لمقتضى الأصول الشرعيه و الضوابط المرعيه.

و الله العالم.

المسأله العاشره [فی حکم من اشتری جاریه سرقت من أرض الصلح]

-اختلف الأصحاب(رضوان الله علیهم)فی من اشتری جاریه سرقت من أرض الصلح حیث أن مال أهلها محترم،فقال الشیخ فی النهایه:من اشتری جاریه کانت سرقت من أرض الصلح،کان له ردها علی من اشتراها منه، و استرجاع ثمنها و ان کان قد مات،فان لم یخلف وارثا استسعیت الجاریه فی ثمنها و بذلک قال ابن البراج.

و قال ابن إدریس:کیف تستسعی هذه الجاریه بغیر اذن صاحبها،و کیف تعتق،و لیس علی ذلک دلیل،و قد ثبت أنها ملک الغیر،و الاولی ان تکون بمنزله اللقطه،بل یرفع خبرها الی حاکم المسلمین،و یجتهد علی ردها علی من سرقت منه،فهو الناظر فی أمثال ذلک انتهی.و ظاهر المحقق فی الشرائع-و مثله العلامه فی المختلف و نحوه فی الإرشاد-أنه مع تعذر ردها علی المالک أو وکیله أو وارثه تدفع الی الحاکم الشرعی لیحفظها علی مالکها.

و اما الثمن فیرجع به علی البائع مع بقاء عینه مطلقا،و اما مع تلفه فکذلک ان کان جاهلا،فان تعذر سقط (1)و لا تستسعی الجاریه مطلقا و ان تلف الثمن،و الی هذا القول مال فی کتاب المسالک ایضا و هذان القولان یشترکان فی عدم الاستسعاء و یفترقان فی کونها کاللقطه فی وجوب حفظها علی مذهب ابن إدریس،أو تدفع الی الحاکم علی مذهب المحقق.

و الذی وقفت علیه من الاخبار فی المقام ما رواه

الشیخ فی الصحیح-الی مسکین

۱- ۱) و وجه تعذره اما بإعسار البائع أو موته و موت وارثه،أو الامتناع من رده،و لم یمکن إجباره علی ذلک.منه رحمه الله.

السمان،و هو مجهول- (۱)عن ابی عبد الله علیه السلام،قال: «سألته عن رجل اشتری جاریه سرقت من ارض الصلح قال:فلیردها علی الذی اشتراها منه،و لا یقربها ان قدر علیه أو کان مؤسرا،قلت،جعلت فداک انه مات عقبه،قال فلیستسعها».

و الی هذه الروایه استند الشیخ فی النهایه.

و أنت خبیر بما فیها من الإشکال بمخالفه القواعد الشرعیه و الضوابط المرعیه أما أولا فمن حیث ردها علی البائع،و هو لیس مالکا لها و مقتضی الأصول وجوب ردها الی المالک،کما صرح به أصحاب القولین الأخیرین،و الا فالحاکم الشرعی مع تعذره،و اما ثانیا فمن حیث استسعائها فی ثمنها،مع أن کسبها لمولاها،و الثمن لم یصل الیه،فکیف یؤخذ الثمن من غیر آخذه.

و أما ما ذکره الشهید(رحمه الله تعالی)فی الدروس؟حیث مال الی العمل بالروایه من قوله:و الأقرب المروی تنزیلا علی أن البائع مکلف بردها إلی أهلها،اما لانه السارق،أو لأنه ترتبت یده علیها،و استسعاؤها جمعا بین حق المشتری و حق صاحبها،و الأصل فیه أن مال الحربی فی الحقیقه فیء و بالصلح صار محترما احتراما عرضیا،فلا یعارض ذهاب مال محترم فی الحقیقه،و زاد فی شرح الإرشاد فی الجواب عن الإشکال الأول بأن یده أقدم،و مخاطبته بالرد ألزم،خصوصا مع بعد دار الکفر،انتهی.

ففیه ما ذکره فی المسالک حیث قال و نعم ما قال:و هذا التنزیل تقریب للنص، و توجیه له حیث یکون النص هو الحجه،و الا فلا یخفی أن مجرد ما ذکر لا یصلح للدلاله،لأن تکلیف البائع بالرد لا یقتضی جواز الدفع الیه،کما فی کل غاصب، و قدم یده لا اثر له فی هذا الحاکم أیضا،و الا لکان الغاصب من الغاصب یجب علیه الرد علی الغاصب،و هذا باطل إجماعا و لأن البائع ان کان سارقا لم یکن أهلا للأمانه بخیانته، و ان لم یکن سارقا فلیس وکیلا للمالک و لا ولیا له فلا یجوز الدفع الیه کما فی کل

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۸۳.

مبیع یظهر استحقاقه،و اما الفرق بین احترام المال بالعرض و الأصل فلا مدخل له شرعا فی الحکم،بل لا تفاوت فی نظر الشارع بینهما،بل کل منهما مضمون علی المتلف،مع أن المتلف للمال المحترم حقیقه لیس هو مولی الجاریه،بل هو البائع الذی غره ان کان عالما أو من غره،فلا یرجع علی غیره، «وَ لاٰ تَزِرُ وٰازِرَةٌ وِزْرَ أُخْریٰ» و لو تم ذلک لزم منه جواز أخذ ما ذهب من الأموال المحترمه بالأصل من مال المحترم بالعرض،کأهل الذمه و هو واضح البطلان.انتهی کلامه زید مقامه،و هو جید وجیه،کما لا یخفی علی الفطن النبیه.

و بالجمله فالمسأله لما عرفت محل إشکال،لأن العمل بهذه الروایه مع ما هی علیه مما شرحناه مشکل و ردها من غیر معارض أشکل.نعم من یری العمل بهذا الاصطلاح المحدث یقوی ردها عنده،کما جزم بذلک المحقق الأردبیلی حیث قال:

و الظاهر ترکها بالکلیه،و العمل بالأدله،لکن یلزم أن یذهب ثمن المشتری ان لم یقدر علی السارق البائع،و لا محذور فی ذلک،و هو ظاهر.انتهی الا ان الشهید رحمه الله قد عمل بها مع کونه من أرباب هذا الاصطلاح،لکنه لا تصلب له فیه،کما علیه متأخرو المتأخرین،سیما مثل المحقق المذکور و تلمیذیه صاحبی المدارک و المعالم،و لهذا انه قلیلا ما یطرح الأخبار الضعیفه،و یتشبث فی العمل بها بأدنی مستمسک،کما لا یخفی علی من راجع کتبه،و هو مبنی علی ما صرح به فی صدر کتابه الذکری من ثبوت أخبارنا المرویه فی هذه الأصول،عن الأئمه الطاهرین صلوات الله علیهم أجمعین.

إذا عرفت ذلک فاعلم أن الظاهر من کلام الأصحاب القولین الأخیرین حیث لم یعملوا بالخبر المذکور ان دفعها الی الامام-مع تعذر الوصول الی المالک- انما هو لیحفظها علی مالکها الی ان یمکن إیصالها إلیه،کما تقدم فی عباره ابن

إدريس و نحوه العلامه فی المختلف (۱).

و ظاهر المحقق الأردبیلی ان دفعها للحاکم المذکور انما هو لکون الجاریه المذکوره مال الامام(علیه السلام)،و الحاکم نائبه،و انه یفعل بها ما یفعل بأمواله (علیه السلام)حال الغیبه،قال(قدس سره)بعد الطعن فی الروایه ما لفظه:و لهذا قال البعض:یجب ردها الی المالک و ورثته بعده،ثم الی الحاکم،لانه وکیل الامام(علیه السلام)و هی حینئذ ماله(علیه السلام)،فیفعل بها ما یفعل بسائر أمواله التی استورثها ممن لا وارث له،و هو الظاهر،و لا تستسعی انتهی و بنحو ما نقلناه عن ابن إدریس و العلامه نقله الشهید فی الدروس عنهم أیضا،فقال بعد ذکر قول الشیخ،قال الحلبیون:لا تستسعی لأنها ملک،و تدفع الی الحاکم لیوصلها إلی أربابها انتهی.

و به یظهر لک أن ما نقله عن أصحاب هذا القول من أن الدفع الی الحاکم انما هو حیث کونها میراث من لا وارث له،و هو للإمام(علیه السلام)غفله عن مراجعه کلامهم فی المسأله،علی أنه لا یظهر من النص المذکور،و لا من کلام أحد من الأصحاب معلومیه موت المالک مع عدم وجود وارث له حتی أنها یکون من قبیل میراث من لا وارث له،فیکون للإمام(علیه السلام)و انما المفروض فی کلامهم -و هو ظاهر الخبر أیضا-انما هو تعذر الوصول الی المالک من حیث انها سرقت من تلک الأرض،و نقلت إلی أرض أخری و بیعت،و إرجاعها إلی المالک یحتاج الی مزید کلفه،کما یشیر الیه ما تقدم فی کلام الشهید من قوله خصوصا مع بعد دار الکفر، و لا یتوهم ان قوله فی الخبر المذکور انه مات و مات عقبه راجع الی المالک،و ان

۱- ۱) حیث قال:و التحقیق ان نقول:المشتری ان کان عالما وجب علیه ردها الی المالک ان عرفه،و الا الی الحاکم لیحفظها علی مالکها. منه رحمه الله.

سیاق الخبر ظاهر فی ان المراد انما هو البائع،و بالجمله فکلام المحقق المذکور لا یخلو عن غفله و قصور و الله العالم.

المسأله الحادیه عشر [فی حکم ما یؤخذ من دار الحرب بغیر إذن الإمام(ع)]

-المفهوم من کلام جمله من الأصحاب(رضوان الله علیهم) ان ما یؤخذ من دار الحرب بغیر اذن الامام،فإن کان بسرقه و غیله و نحوهما فهو لأخذه و علیه الخمس،و ان کان بقتال فهو بأجمعه للإمام(علیه السلام)و علی کل من التقدیرین فإنه یباح تملکه للشیعه حال الغیبه،و لا یجب إخراج حصه الموجودین من الهاشمیین،لإباحتهم(علیهم السلام)ذلک للشیعه،لتطیب ولادتهم،و کذا یجوز الشراء من السابی،و ان کان جائرا ظالما،بل الشراء من الکافر أخته و بنته و زوجته و کل حربی قهر حربیا صح الشراء منه.

أقول:و الغرض من ذکرهم هذا الکلام فی هذا المقام هو أنه یجوز تملک العبید و الإماء المسببه من دار الحرب،سیما فی زمن الغیبه سواء سبیت بالقهر و الغلبه من سلاطین الجور،أو بسرقه و غیله،و سواء کان السابی لها مسلما أو مخالفا أو کافرا، و أن من قهر من الکفار أخته أو ابنته أو زوجته أو ابنه فإنه یتملکهم،ثم بعد تملکهم یجوز الشراء منه،و القاهر و المقهور حربیان،و یدل علی ذلک الأخبار.

فأما ما یدل علی أن ما أخذ بقتال بغیر اذنه،فهو له(علیه السلام)،فمنه

روایه العباس الوراق (۱)

«عن رجل سماه عن أبی عبد الله(علیه السلام)،قال:إذا غزا قوم بغیر اذن الامام فغنموا کانت الغنیمه کلها للإمام(علیه السلام)و ان غزوا بأمر الإمام فغنموا کان للإمام الخمس».

و صحیحه معاویه بن وهب (۲)أو حسنته بإبراهیم ابن هاشم قال:

قلت لأبی عبد الله(علیه السلام)السریه یبعثها الامام فیصیبوا غنائم کیف یقسم؟قال:ان قاتلوا علیها مع أمیر أمره الإمام(علیه السلام)أخرج منها

۱- ۱) الوسائل الباب-ج-۱-من أبواب الأنفال.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۳ و فیه«أربعه أخماس».

الخمس لله و الرسول،و قسم بینهم ثلاثه أخماس و ان لم یکونوا قاتلوا علیها المشرکین کان کلما غنموا للإمام(علیه السلام)یجعله حیث أحب». و المراد ان لم یکونوا قاتلوا مع أمیر منه(علیه السلام)کما هو ظاهر السیاق،و ما اشتمل علیه من إخراج خمسین من الغنیمه،و قسمه ثلاثه أخماس شاذ لا قائل به،و هذه الروایه الثانیه لم یذکرها أحد من الأصحاب فیما أعلم،و لکن الحکم بمجرد الروایه الأولی مشهور عندهم،بل ادعی علیه الإجماع،و توقف المحقق فی النافع من حیث ضعف الروایه المشار إلیها،و قد تقدم الکلام فی ذلک فی کتاب الخمس (۱).

الا أن المحقق الأردبیلی(قدس سره)فی هذا المقام عارض روایه الوراق

بروایه زکریا بن آدم (۲)عن الرضا(علیه السلام)قال:

سألته عن سبی الدیلم یسرق بعضهم من بعض،و یغیر المسلمون علیهم بلا امام أ یحل شراؤهم؟قال:إذا أقروا بالعبودیه فلا بأس بشراءهم».

و یمکن الجواب بحمل نفی البأس عن شراءهم من حیث تحلیل ذلک للشیعه متی ثبت العبودیه،فلا ینافی کون ذلک له(علیه السلام)لما تکاثرت به الاخبار من تحلیل حقوقهم للشیعه (۳)و علی ذلک أیضا یحمل صدر

روایه زکریا ابن آدم المذکوره قال:

«سألت الرضا(علیه السلام)عن قوم من العدو صالحوا ثم خفروا و لعلهم انما خفروا لأنهم لم یعدل علیهم أ یصلح أن یشتری من سبیهم فقال:ان کان من قوم قد استبان عداوتهم فاشتر منهم و ان کان قد نفروا و ظلموا فلا تتبع من سبیهم» الحدیث. قوله اخفروا (۴)أی نقضوا عهدهم.

ص:۴۶۳

۱- ۱) ج ۱۳ ص ۳۲۳.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۱۰.

۳- ۳) الوسائل الباب-۴-من أبواب الأنفال.

۴- ۴) یقال:خفرت الرجل أخفره من باب ضرب خفر بالتحریک إذا آجرته- و کنت له حامیا و کفیلا،فاخفرت الرجل و خفرت إذا أنقضت عهدته، و عذرت به،و الهمزه للسلب و الإزاله،ای أزلت خفالته،و الخفاره بالکسر و الضم الزمام و العهد منه رحمه الله.

و فی التهذیب عن محمد بن عبد الله (۱)قال:

«سألت أبا الحسن الرضا (علیه السلام)عن قوم خرجوا و قتلوا أناسا من المسلمین و هدموا المساجد،و ان المستوفی هارون بعث إلیهم فأخذوا و قتلوا و سبی النساء و الصبیان،هل یستقیم شراء شیء منهن و یطأهن أم لا؟قال:لا بأس بشراء متاعهن و سبیهن». و لیس فی هذه الاخبار علی تعددها دلاله علی تملک السابی کما توهمه المحقق المتقدم ذکره،و انما دلت علی جواز الشراء خاصه،فیحمل علی ما قلنا من التحلیل لکون ذلک لهم (علیهم السلام)فلا تنافی الخبرین الأولین،علی أنه یمکن حمل هذه الاخبار علی التقیه أیضا،بمعنی أنه لم ینبه فیها علی کون ذلک للإمام(علیه السلام)تقیه،و انما ذکر جواز الشراء خاصه،بناء علی ما قلناه.

و اما ما ذکره من أن ما أخذ بغیله و سرقه فهو لأخذه،و علیه الخمس فلم أقف فیه بعد التتبع للاخبار علی نص،و غایه ما استدل به علیه فی المدارک هو اخبار (۲)

«خذ مال الناصب حیثما وجدته،و ادفع لنا الخمس». و فیه نظر،لعدم ذکره فی صدر کتاب الخمس،و إیجاب الخمس هنا أحد القولین،و به صرح فی المسالک و قیل:بالعدم و هو ظاهر الشهید فی الدروس فی مبحث الخمس،لانه لا تسمی غنیمه، و هو الأقرب لما عرفت من عدم الدلیل علی ذلک،بل علی عدم کون المأخوذ علی هذا الوجه لأخذه،فإن الأخبار خالیه من الأمرین،و لهذا إنما التجأ صاحب

۱- ۱) التهذیب ج ۶ ص ۱۶۲.

۲- ۲) التهذیب ج ۶ ص ۳۸۷.

المدارک فی الأمرین الی أخبار«خذ مال الناصب».

و أما ما یدل علی جواز الشراء من السابی و ان کان جابرا فالروایات المذکوره عن الرضا(علیه السلام)لکن لا من حیث کون ذلک ملکا له کما عرفت،و ان أوهم ظاهرها ذلک،الا أنه یجب حملها علی ما ذکرناه جمعا بین الاخبار الوارده فی المسأله.

و أما جواز الشراء من الکافر الحربی بنته و أخته و زوجته،فیدل علیه ما رواه

الشیخ عن عبد الله اللحام (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن رجل یشتری من رجل من أهل الشرک ابنته فیتخذها؟قال:لا بأس».

و بالإسناد المذکور (۲)قال:

« سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن الرجل یشتری امرأه رجل من أهل الشرک یتخذها أم ولد قال:لا بأس».

بقی الکلام فی أنه قد صرح الأصحاب بأن کل حربی قهر حربیا فباعه صح بیعه،لان القاهر مالک المقهور بقهره إیاه،فیصح بیعه له،و هذا ظاهر فیمن لا ینعتق علیه کالزوجه و نحوها،أما لو کان ممن ینعتق علیه کالبنت فی الخبر الأول فإشکال، ینشأ من أنه بدوام القهر یبطل العتق لو فرض،و بدوام القرابه یرتفع الملک بالقهر (۳)

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۷۷.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۷۷.

۳- ۳) أقول:و توضیحه ان القرابه المخصوصه تقتضی العتق،و قهر الحربی یقتضی الملک،و المقتضیان دائما،و بدوامهما یجب أن یدوم ما یترتب علیهما و یقتضیانه،و الوجهان قد تعارضا و تکافئا و لا ترجیح لأحدهما علی الآخر،فلا یمکن الحکم بأحدهما دون الأخر،فلما ثبت بالخبر المذکور جواز الشراء فلا بد من حمله علی الاستنقاذ،لخروجه عن القاعده المذکوره لا أنه بیع حقیقی،لأن شرطه الملک،و ملک البائع هنا غیر معلوم لما عرفت و قولهم المبطل العتق لو فرض مقتضاه ان العتق لا یقع،لأنهم حکموا ببطلانه علی تقدیر فرض وقوعه،و کأنه مبنی علی ان القهر دائم و هو فی کل آن یقتضی الملک فیمتنع حصول العتق حقیقه لوجود منافیه فلا یکون الا بطریق الفرض. (منه رحمه الله).

و حينئذ فالتحقيق حمل الشراء فى الخبر المذكور على الاستنقاذ،و يثبت الملك بعد ذلك بالتسلط،و فى لحوق أحكام البيع من خيار المجلس و خيار الحيوان و العيب و نحو ذلك نظر أقربه-بناء على ما قلناه-العدم،قالوا و الاستنقاذ دفع يد شخص شرعيه أم غير شرعيه عن مال بعوض أو بغير عوض،و يشكل أيضا ثبوت الملك بالتسلط بعد الاستنقاذ إذ قد يكون المملوك الذى بيده ممن ينعتق عليه مأمونا:أى دخل بلاد الإسلام بإمام،فيشكل حينئذ تملك المشترى له بالتسلط عليه،و ربما ظهر من كلام العلامه فى القواعد لحوق أحكام البيع بالنسبه إلى البائع،و فيه أنه مع حكمه بالاستنقاذ لا معنى لذلك،لانه عقد واحد يبعد كونه بيعا حقيقيا بالنسبه إلى البائع و غير بيع بالنسبه إلى المشترى،على أن سبب عدم كونه بيعا حقيقيا بالنسبه اليه انما هو عدم صلاحيه المبيع لتملك البائع،و هو موجب لعدم كونه حقيقيا بالنسبه اليه.

و قال فى الدروس:و لو اشترى حربيا من مثله جاز،و لو كان ممن ينعتق عليه قيل كان استنقاذا حذرا من الدور لو كان شراء،و لا يلحق به أحكام البيع بالنسبه إلى المشترى،و روى ابن بكير (١)تسميته شراء انتهى و ظاهره لحقوق أحكام البيع بالنسبه إلى البائع كما قدمنا ذكره عن ظاهر القواعد،و فيه ما عرفت.

و بالجمله فإن مقتضى التحقيق بناء على ما ذكروه من كون ذلك استنقاذ الا بيعا حقيقيا هو عدم تحقق بيع شرعى،لا بالنسبه إلى البائع و لا إلى المشترى،فتملك

١- ١) أقول:نسبه:فى الدروس الروايه الى ابن بكير باعتبار أنه هو الراوى عن عبد الله اللحام،و لعل ذلك للتنبيه بشأن الروايه حيث أن سندها الى ابن بكير من الموثق،و عبد الله اللحام مجهول-منه رحمه الله.

المشتری للمبیع مشکل،و تملک البائع للثمن مشکل،إلاـ أنک قد عرفت من الروایه المتقدمه کون ذلک بیعا و شراء من غیر معارض،سوی ما قالوه،و الأظهر الوقوف علی مقتضی النص،فان ما ذکروه و ان کان مقتضی القواعد الشرعیه أیضا،الا انه یمکن تخصیصها بهذا الخبر بأن یخص الانعتاق بالملک بالشراء،دون التملک قهرا، وقوفا علی مورد أخبار کل من المقامین و الله العالم.

و

المسأله الثانیه عشر [فیما لو دفع الی مأذون مالا لیشتری به نسمه]

-اختلف الأصحاب فیما لو دفع الی مأذون مالاـ لیشتری به نسمه و یعتقها عنه و یحج بالباقی،فاشتری أباه و دفع إلیه بقیه المال،فحج به، فاختلف مولاه و ورثه الأمر و مولی الأب،فکل یقول اشتری بمالی،فقال الشیخ فی النهایه الحکم أن یرد المعتق علی مولاـه الذی کان عنده یکون رقا له کما کان، ثم أی الفریقین الباقیین منهما أقام البینه بأنه اشتری بماله سلم الیه،و ان کان المعتق قد حج ببقیه المال لم یکن الی رد الحجه سبیل،و تبعه فی ذلک ابن البراج.

و قال ابن إدریس:لا أری لرد المعتق علی مولاه وجها،بل الأولی عندی أن القول قول سید العبد المأذون له فی التجاره،و العبد المبتاع لسید العبد المباشر للعتق،و ان عتقه غیر صحیح،لأن إجماع أصحابنا علی أن جمیع ما بید العبد فهو مال لسیده،و هذا الثمن فی ید المأذون،و أنه اشتراه فإذا اشتراه فقد صار ملکا لسید المأذون الذی هو المشتری،فإذا أعتقه المأذون بعد ذلک فعتقه غیر صحیح،لانه لم یؤذن له فی العتق،بل أذن له فی التجاره فحسب،هذا إذا عدمت البینتان، فهذا تحریر القول و الفتوی فی ذلک انتهی (۱).

ص: ۴۶۷

۱- ۱) أقول:أما دعوی مولا العبد المأذون فظاهر مما ذکره ابن إدریس، و أما دعوی مولی الأب أنه اشتراه بمالی فیحمل علی أن یکون العبد المأذون وکیلا له بالاذن و عنده مال له،أو انه أخذ الأب من مالی و أعطاه ابنه لیشتریه،و نحو ذلک،و اما دعوی ورثه الموصی فظاهر حیث ان مورثهم دفع الیه ذلک الوجه الذی اشتری به العبد،فهو قد اشتری بمالنا- و کأنهم ینکرون الوصیه بما ذکره المأذون من الشراء و العتق-منه رحمه الله.

و الأصل فی هذه المسأله ما رواه

الشیخ عن ابن أثیم (۱)

«عن أبی جعفر (علیه السلام)عن عبد لقوم مأذون له فی التجاره،دفع الیه رجل ألف درهم فقال له:

اشتر بها نسمه و أعتقها عنی،و حج عنی بالباقی،ثم مات صاحب الالف،فانطلق العبد فاشتری أباه فأعتقه عن المیت،و دفع إلیه الباقی یحج عن المیت فحج عنه، و بلغ ذلک موالی أبیه و موالیه و ورثه المیت جمیعا،فاختصموا جمیعا فی الألف، فقالوا موالی العبد المعتق:انما اشتریت أباک بمالنا،و قال الورثه:إنما اشتریت أباک بمالنا،و قال موالی العبد:انما اشتریت أباک بمالنا،فقال:أبو جعفر(علیه السلام) أما الحجه فقد مضت بما فیها لا ترد،و أما المعتق فهو رد فی العتق لموالی أبیه، و ای الفریقین بعد أقاموا البینه علی أنه اشتری أباه من أموالهم کان لهم رقا».

و الشیخ فی النهایه و من تبعه قد عملوا بظاهر هذه الروایه.

و ابن إدریس قد ردها لما ذکره و قد اقتضی ابن إدریس فی هذا القول أکثر من تأخر عنه،و طعنوا فی الخبر المذکور بضعف الراوی،فإنه غال،و مخالفه الخبر المذکور لأصول المذهب من وجوه،منها الحکم برد العبد الی مولاه مع اعترافه ببیعه،و منها دعواه فساد البیع،و مدعی الصحه و هو الأخر ان مقدم،و منها حکمه بمضی الحجه مع ان ظاهر الأمر حجه بنفسه و قد استناب فیها،و منها مجامعه صحه الحج لعوده رقا مع کونه قد حج بغیر اذن سیده،و منها انه کیف یدعی مولی العبد انه شری بماله،مع انه لم یکن لمولی الأب مال فی ید المأذون،و لیس هو وکیله،و مع الإغماض عن ذلک و ثبوت ان له مالا و انه وکیل کیف یتصور صحه شراء شخص من سیده بمال ذلک السید،فدعوی مولی العبد انه اشتری بماله یقتضی فساد العقد،لان العوضین إذا کانا من مال واحد لم تکن المعاوضه صحیحه،و اعتذر

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۲۳۴.

العلامه للأول بحمل الروايه على إنكار مولى العبد البيع،لا فساده،و رده بمنافاته لمنطوق الخبر،لدلالته على كونه اشترى بماله،و هو صريح فى وقوع البيع و الشراء، فلا تسمع هذه الدعوى،و نزله الشهيد فى الدروس على ان المأذون بيده مال لمولى الأب و غيره،و بتصادم الدعاوى المتكافئه يرجع الى أصاله بقاء الملك على مالكه، و لا يعارضه فتواهم بتقديم دعوى الصحه على الفساد لان دعوى الصحه هنا مشتركه بين متقابلين متكافئين،فيتساقطان قال:و هذا واضح لا غبار عليه.

و رد بأن النظر فيه واضح و الغبار عليه لائح،لمنع تكافؤ الدعاوى أو لا على تقدير تسليم كون بيده مال للجميع،لان من عدا مولاه خارج،و الداخل مقدم، فسقط مولا الأب و ورثه الأمر،فلم يتم الرجوع الى أصل بقاء الملك على مالكه، و بذلك يظهر فساد دعوى كون الصحه مشتركه بين متقابلين متكافئين،فان الخارجه لا تكافؤ الداخله،فإذا قدمت لم يبق لرد الدعوى المشتمله على فساد البيع مانع، إذ لم ينقدح بوجهها الا بسبب تساقط تلك الدعويين و لم يتم، على انه لو سلم كون بيد المأذون أموال لغير مولاه،فإن إقراره بها لغيره غير مقبول مع تكذيب المولى و ان كان مأذونا،لأن المأذون إنما يقبل إقراره بما يتعلق بالتجاره،لا مطلقا كما سيأتى إنشاء الله تعالى،و حينئذ فلا بد من اطراح هذه الروايه بهذه المنافيات لقبولها، و الرجوع الى أصل المذهب.

و فى المسأله قول ثالث للمحقق فى النافع،و رجحه ابن فهد فى شرحه،قال:

و يناسب الأصل،الحكم بإمضاء ما فعله المأذون ما لم تقم بينه تنافيه،و مقتضاه الحكم بصحه البيع و العتق و الحج،لأن الأصل أن ما يفعله المأذون صحيح،و هذا يتمشى إذا جعلنا حكم المأذون حكم الوكيل،فيقبل إقراره بما فى يده،و يمضى تصرفه كالوكيل،الا أن فيه أنه موقوف على تناول الاذن من سيده لذلك.

هذا كله مع عدم البينه،و أما معها فان كانت لواحد حكم بها،و ان كانت

لاثنين أو للجميع،فان قلنا بتقديم بينه الداخل عند التعارض فكالأول،و ان قدمنا الخارج أو لم يكن للداخل بينه،ففى تقديم بينه ورثه الأمر-نظرا إلى الصحه أو بينه مولى الأب،لأنه خارج بالإضافه إلى ورثه الأمر،لا دعائه ما ينافى الأصل- وجهان،استجود أولهما فى المسالك،قال:لأنهما خارجان بالنسبه إلى المولى المأذون،و مدعيان،و يبقى مع ورثه الأمر ترجيح الصحه.

و بالجمله فإن المسأله من المشكلات لما عرفت مما يتطرق الى النص المذكور من الإيرادات الواضحه،و العمل به و الحال كذلك مشكل،فالظاهر هو قوه ما ذهب إليه المتأخرون و الله العالم.

المسأله الثالثه عشر [حكم من اشترى عبدا و كان عند البائع عبدان]

-قال الشيخ فى النهايه من اشترى من رجل عبدا و كان عند البائع عبدان،فقال للمبتاع اذهب بهما فاختر أيهما شئت ورد الأخر و قبض المال،فذهب بهما المشترى فأبق أحدهما من عنده فليرد الذى عنده منهما،و يقبض نصف الثمن مما أعطى و يذهب فى طلب الغلام،فان وجده اختار حينئذ أيهما شاء و رد نصف الذى أخذه،و ان لم يجده كان العبد بينهما نصفين،و تبعه ابن البراج فى ذلك.

و قال ابن إدريس:ما ذكره شيخنا فى نهايته خبر واحد،لا يصلح و لا يجوز العمل به،لانه مخالف لما عليه الأمه بأسرها،مناف لأصول مذهب أصحابنا و فتاويهم و تصانيفهم و إجماعهم،لأن المبيع إذا كان مجهولا كان البيع باطلا بغير خلاف، و قوله«يقبض نصف الثمن و يكون العبد الآبق بينهما و يرد الباقى من العبدين»،فيه اضطراب كثير،و خلل كبير،لأنه ان كان الآبق هو الذى وقع عليه البيع؟فمن مال مشتريه،و الثمن بكماله لبائعه،و ان كان الآبق غير من وقع عليه البيع،و الباقى الذى وقع عليه البيع فلأى شىء يرده،و انما أورده شيخنا هذا الخبر على ما جاء إيراد إلا اعتقادا،لانه رجع فى مسائل خلافه فى كتاب السلم.انتهى.

أقول:أشار بقوله رجع عنه فى خلافه الى ما ذكره الشيخ فى الكتاب المذكور،

حیث قال فی باب السلم:إذا قال:اشتریت منک أحد هذین العبدین بکذا،أو أحد هذه العبید الثلاثه بکذا لم یصح الشراء،و به قال الشافعی،و قال أبو حنیفه إذا شرط فیه الخیار ثلاثه أیام جاز،لان هذا غرر یسیر،و أما فی الأربعه فما زاد علیها فلا یجوز،دلیلنا أن هذا بیع مجهول فیجب أن لا یصح بیعه و لانه بیع غرر لاختلاف قیمتی العبدین،و لانه لا دلیل علی ذلک فی الشرع،و قد ذکرنا هذه المسأله فی البیوع، و قلنا:أن أصحابنا رووا جواز ذلک فی العبدین فان قلنا بذلک تبعنا فیه الروایه، و لم نقس غیرها علیها.انتهی.

و قال العلامه فی المختلف بعد نقل ما ذکرناه:و التحقیق أن نقول:العقد أن وقع علی عبد مطلق موصوف بصفاته المقصوده الرافعه للجهاله صح البیع،فإذا دفع البائع العبدین إلی المشتری لیتخیر أحدهما،جاز أن یتخیر أیهما شاء،فإذا أبق أحدهما فإن قلنا المقبوض بالسوم مضمون ضمنه المشتری ثمنا و الا فلا،و ان وقع علی أحدهما کان باطلا.

و الشیخ رحمه الله علیه عول فی ذلک علی

روایه محمد بن مسلم (۱)عن الباقر (علیه السلام)،

«قال سألته عن رجل اشتری من رجل عبدا و کان عنده عبدان،فقال للمشتری:اذهب بهما فاختر أیهما شئت ورد الأخر و قد قبض المال فذهب بهما المشتری فأبق أحدهما من عنده قال:لیرد الذی عنده منهما و یقبض نصف الثمن مما أعطی من المبیع،و یذهب فی طلب الغلام،فان وجده اختار أیهما شاء،و رد النصف الذی أخذ،و ان لم یجده کان العبد بینهما نصفه للبائع و نصفه للمبتاع».

و هذه الروایه تدل علی ان البیع وقع صحیحا لا علی انه وقع علی عبد من عبدین و کذا کلام الشیخ.

و اما قول الشیخ فی الخلاف عن الروایه،فإن لها محملا،و هو ان نفرض

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۸۲ الکافی ج ۵ ص ۲۱۷.

تساوی العبـدین من کل وجه فلا استبعاد حینئذ فی بیع أحدهما لا بعینه،کما لو باعه من متساوی الأجزاء بعضه،کما لو باعه قفیزا من الصبره،و اما تضـمین النصف فلان البیع وقع مشاعا علی أحـدهما فقبل الاختیار یکون العبدان بینهما،فلما أبق أحدهما ضـمن نصـف الـذی اشـتراه،و النصـف الأـخر لاـ یضـمنه،لاـنه مقبـوض علی وجه السـوم، و العبـد البـاقی بینهمـا لشـیاع الاسـتحقاق فی العبدین.انتهی.

أقـول:وجه الإشـکال فی الروایه المـذکوره من حیث أنه اشـتری عبـدا فی الـذمه، و هـو أمر کلی یتوقـف علی تشـخیصه فی عین مخصوصه متصـفه بمـا وقع علیه الاتفـاق من الأوصـاف،و الخبر دل علی انحصار ذلک الأمر الکلی فی العبـدین قبل تعیینه،و من حیث دلاله الخبر علی ثبوت البیع فی نصف الموجود الموجب للشـرکه مع عدم وجود ما یقتضـی الشرکه،ثم الرجوع الی التخییر لـو وجـد الآبق،و مـن أجـل هـذه الإشـکالات نزل بعض الأصـحاب-(رضـوان الله علیهـم)الروایـه المـذکوره-علی تقـدیر أربع مقـدمات،الاـولی-تساویهمـا قیمه،الثـانیه-مطابقتهمـا للمبیع الکلی وصـفا، الثـالثه-انحصـار الحق فیهما حیث دفعهما الیه و عینهما للتخییر،کما لو حصـر الحق فی واحـد،الرابعه-عـدم ضـمان المقبوض بالسوم فلا یضـمن الآبق هنا،أو تنزیل هـذا التخییر هنا منزله الخیار فی البیع فکما ان تلف المبیع فی مده الخیار من البائع، فکذلک هیهنا متی تلف قبل الاختیار (۱).

و لا یخفی ما فی البناء علی هـذه المقدمات من الاشـکال لما یمکن تطرقه إلی جمله منها،و لهذا قیل انه یشـکل الحکم بانحصار الحق فیهما علی هذه التقادیر،لان المبیع أمر کلی لا یشخص الا بتشخیص البائع،و دفعه الاثنین لیتخیر أحدهما لیس تشخیصا و ان حصر الأمر فیهما،لأصاله بقاء الحق فی الذمه الی ان یثبت شرعا کون ذلک کافیا، کما لو حصره فی عشره فصاعدا،و ما ذکره فی المختلف-من التنزیل-علی تساوی

۱- ۱) مرجع المقدمه الرابعه الی أن عدم الضمان مترتب علی أحد الأمرین المذکورین منه-رحمه الله.

العبـدين من كـل وجه ليلحق بمتسـاوى الأـجزاء حتى جوز بيع عبـد منهما كما يجوز بيع قفيز من الصبره-ففيه اشـكال ظاهر،لمنع تسـاوى العبـدين على وجه يلحقـان بـالمثلى الـذى هو عباره عن متساوى الاجزاء،و منع تنزيل بيع القفيز من الصبره على الإشاعه، كما تقدم فى البحث عن هذه المسأله.

و بـالجمله فـإن الأـكثر على اطراح الروايه المـذكوره لما عرفت من مخالفتها لمقتضـى الأصول و عسـر تنزيلها على ما ذكروه من هذه التكلفات السـخيفه،و الأظهر الرجوع الى مقتضـى الأصول،فينظر فى هذين العبدين فان كانا بالصـفات الذى اشترى بها العبد فى الذمه تخير بينهما،فان اختار الآبق منهما رد ما أخذه من نصف الثمن، و لا شىء له،و ان اختار الباقى منهما أخذه.

بقى الكلام فى ضمان الآبق على هذا التقدير،فان قلنا بضمان المقبوض بالسوم ضمنه،و الا فلا،و ان كان أحدهما بالصفات أخذه و حكم الأخر على ما تقـدم،و ان لم يكن شـىء منهما بالصـفات رجع على البائع بحقه لان حقه فى الـذمه باق حتى يـدفع اليه ما كان على الصـفات التى وقع عليها العقـد و فى ضـمان الـذاهب ما تقـدم،و على هـذا لا فرق بين عبـدين أو أكثر أو غير العبد من المتاع و غيره،و على تقـدير العمل بالروايه يجب الاقتصار فيه على موردها فلا يتعدى الحكم الى غير العبدين اقتصارا فيما خالف الأصول على موضع النص و به جزم الشيخ رحمه الله.

و لو تعـددت العبيـد فهل ينسـحب الحكم،احتمالان أحـدهما نعم،لصـدق العبدين فى الجمله،فلو كانوا ثلاثه فأبق واحد فان ثلث المبيع،فيرجع بثلث الثمن، و هكـذا فيما زاد،و ثانيهما العـدم،للخروج عن موضع النص،و هو الأظهر و لو كانا أمتين أو أمه و عبـدا ففى انسحاب الحكم الوجهان،و قطع،فى الدروس بانسحاب الحكم هنا،و الأظهر العدم،لما ذكرنا و الله العالم.

ص :۴۷۳

المسأله الرابعه عشر [فيما إذا كانت الجاريه بين الشركاء فوطئها أحدهم]

اشاره

اختلف الأصحاب رضوان الله عليهم فى الجاريه بين الشركاء فيطأ أحدهم،فقال الشيخ فى النهايه:إذا كانت الجاريه بين شركاء فتركوها عند واحد منهم فوطأها فإنه يدرأ عنه من الحد بقدر ماله منها من الثمن،و يضرب بمقدار ما لغيره من القيمه،و تقوم الأمه قيمه عادله و يلزمها،فان كانت القيمه أقل من الثمن الذى اشتريت به الزم ثمنها الأول،و ان كانت قيمتها فى ذلك اليوم الذى قومت فيه أكثر من ثمنها الزم ذلك الأكثر،فإن أراد واحد من الشركاء الجاريه كان له أخذها،و لا يلزمه الا ثمنها الذى يسوى فى الحال.انتهى.

أقول:ما ذكره الشيخ هنا هو مضمون

روايه عبد الله بن سنان (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله(عليه السلام)عن رجال اشتركوا فى أمه فأتمنوا بعضهم على أن يكون الأمه عنده فوطأها قال:يدرأ عنه من الحد بقدر ماله من النقد،و يضرب ما ليس له فيها،و تقوم الأمه عليه بقيمه و يلزمها،فان كانت القيمه أقل من الثمن،الذى اشتريت به الجاريه ألزم ثمنها الأول،و ان كان قيمتها فى ذلك اليوم الذى قومت فيه أكثر من ثمنها الزم ذلك الثمن و هو صاغر لانه استفرشها،قلت:فإن أراد بعض الشركاء شرائها دون الرجل؟قال:ذلك له،و ليس له أن يشتريها حتى يستبرأها،و ليس على غيره أن يشتريها إلا بالقيمه».

و قال:ابن إدريس بعد نقل كلام الشيخ هذا خبر واحد أورده شيخنا إيرادا لا اعتقادا و الاولى أن يقال:لا يلزم الواطئ لها شيء سوى أحد الذى ذكرناه على تقدير أن يكون عالما بالتحريم بقدر حصص شركائه،الا أن تكون بكرا فيأخذ عذرتها،فيلزم ما بين قيمتها بكر أو غير بكر،و يسقط عنه ما يخصه من ذلك،و يستحق الباقى الشركاء،فاما ان كانت غير بكر فلا يلزمه ذلك هذا إذا لم يحبلها،فإذا أحبلها بولد،فإنه يغرم ثمنها الذى تساوى يوم خيانته عليه،و ثمن ولدها يوم تسقط حيا لو كان عبدا و يسقط من ذلك بمقدار حصته من الثمن انتهى.

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۷۲ الكافى ج ۵ ص ۲۱۷.

و قال العلامه فی المختلف:و التحقیق أن نقول الواطئ ان کان عالما بالتحریم حد یقدر حصص الشرکاء،و علیه من المهر بقدر حصصهم أیضا ان کانت مکرهه أو جاهله،و ان کانت مطاوعه فکذلک علی الخلاف و سیأتی،و ان کانت بکرا لزمه أرش البکاره قطعا،و لا تقوم علیه بنفس الوطی بل مع الحمل و علیه تحمل الروایه و قول الشیخ أیضا،و علیه حصص الشرکاء من القیمه و یطالب بأعلی القیم من حین الإحبال إلی وقت التقویم،و علیه حصص الشرکاء ایضا من قیمه الولد یوم سقط حیا ان لم یکن قد قومت علیه حبلی،و لو أراد بعض الشرکاء أخذها فإن کانت قد حبلت لم یکن له ذلک،و ان لم تکن حبلت کان له ذلک و یأخذها بقیمتها یوم الأخذ انتهی.

أقول:و تحقیق الکلام فی هذا المقام یقع فی مواضع

الأول [سقوط الحد مع الشبهه]

-لا إشکال فی سقوط الحد عن الواطئ هنا مع الشبهه کما لو توهم حل الوطی من حیث الشرکه

لقوله(علیه السلام) (۱)

«ادرءوا الحدود بالشبهات».

الثانی [الحد هنا الجلد خاصه]

ظاهر النص و الفتوی أن الحد هنا انما هو بالجلد و ان کان محصنا یجب فی مثله الرجم،لان الرجم لا یقبل التبعیض،و قد عرفت من النص و الفتوی تبعیضه هنا،و الظاهر أن الوجه فیه أن وجوب الرجم فی المحصن انما هو فیما إذا کان الزانی محصنا و هذا لیس کذلک من حیث تملکه لبعض الأمه،و لأجل ذلک یلحق به الولد،و تصیر أم ولد و ان کان عالما بالتحریم، مع أن الزانی العالم لا یلحق به الولد.

الثالث [سقوط الحد بالنسبه إلی حصته]

-أنه یسقط من الحد ما قابل ملکه من الأمه نصفا أو ربعا أو نحو ذلک، لعدم تحقق الزنا بالنسبه إلی حصته،و یضرب الباقی الذی یتعلق بنصیب الشرکاء، لکونه زنا بالنسبه إلی حصصهم،و ینبغی أن یستثنی من الحد أیضا ما لو کان أحد الشرکاء ابن الواطئ أیضا،فإنه لا حد علی الأب فی نصیب ابنه،کما لا حد علیه لو کانت بأجمعها للولد،ثم انه مع التبعیض لو احتیج الی تبعیض الجلده الواحده

۱- ۱) الفقیه ج ۴ ص ۵۳.

قال:بعض المحققين أنه يحتمل باعتبار مقدار السوط،و كيفيه الضرب.

أقول:بل الظاهر انه ان كان نصفا أخذ بنصف السوط،و ان كان ثلثا أخذ بثلثيه،كما تضمنه

صحيح هشام بن سالم (۱)عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

« فی نصف الجلده و ثلث الجلده یؤخذ بنصف السوط،و ثلثی السوط»،. و یمکن إرجاع ما ذکره المحقق المشار إلیه الی ما ذکرناه.

الرابع [تقویم الأمه علی الواطئ بنفس الوطی]

ظاهر کلام الشیخ و هو ظاهر الروایه ایضا أنه تقوم الأمه علی الواطئ بنفس الوطی و ظاهر الأصحاب کما سمعت من کلام ابن إدریس و العلامه أنه لا تقوم علیه و لا یلزمه ثمنها الا مع الحمل،لا بمجرد الوطی،و علی ذلک حمل العلامه کلام الشیخ و الروایه المذکوره،و أنت خبیر أو لا بأنه لا إشعار فی الروایه،و لا فی کلام الشیخ ذکر الحبل بالکلیه،و ثانیا بأنه متی حمل الکلام فیهما علی الحمل کما ذکره،-بمعنی أن قوله فی الروایه و کذا فی کلام الشیخ«و تقوم الأمه علیه»یعنی من حیث حملها بعد الوطی-فکیف یتم قوله فی آخر الروایه و کذا فی کلام الشیخ«فإن أراد أحد الشرکاء الجاریه کان له أخذها»مع تصریحه(قدس سره)بأنه ان کانت قد حبلت لا یجوز ذلک،و انما یجوز مع عدم الحبل.

و بالجمله فالظاهر أن اشتمال الروایه و کذا کلام الشیخ-بناء علی حملها لها علی ذلک-علی هذین الحکمین أعنی التقویم علی الوطی مع الحمل و عدمه، و جواز شراء بعض الشرکاء لها-لا یخلو من تدافع کما لا یخفی لأنه إذا کان الحکم الشرعی بعد الوطی مجردا عن الحمل کما هو ظاهر الإطلاق،أو هو مع الحمل کما هو ظاهر الأصحاب هو التقویم علی الواطئ فکیف یجوز لبعض الشرکاء شراؤها.

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۱۷۵.

ثم ان مما يدل على أن التقويم بمجرد الوطى كما هو ظاهر الخبر المذكور ما رواه

فى الكافى عن عده من أصحابنا (۱)عن أبى عبد الله(علیه السلام)و فى الفقيه عنه(علیه السلام)مرسلا قال:

«سئل عن رجل أصاب جاريه من الفىء فوطئها قبل أن تقسم؟قال:تقوم الجاريه و تدفع إليه بالقيمه و يحط له منها ما يصيبه منها من الفىء و يجلد الحد،و يدرأ عنه من الحد بقدر ما كان له فيها،فقلت:كيف صارت الجاريه تدفع إليه بالقيمه دون غيره قال:لأنه وطئها،و لا يؤمن ان يكون ثمه حبل»،.

و الخبر كما ترى صريح الدلاله واضح المقاله فى تقويمها على الواطئ بمجرد الوطى معللا بخوف الحبل،لا بوجوده بالفعل،كما ذكروه(رضوان الله علیهم)الا أنه

قد روى فى الكافى و كذا فى التهذيب عن إسماعيل الجعفى (۲)عن ابى جعفر (علیه السلام)

«فى رجلين اشتريا جاريه فنكحها أحدهما دون صاحبه،قال:يضرب نصف الحد،و يغرم نصف القيمه إذا أحبل». و هى كما ترى داله بمفهوم الشرط الذى هو حجه عند المحققين و عليه تدل جمله من الاخبار عدم القيمه مع عدم الحبل و هى مؤيده لما ذكره الأصحاب

و روى فى الكافى أيضا عن إسماعيل الجعفى (۳)

«عن ابى جعفر(علیه السلام)فى جاريه بين رجلين فوطئها أحدهما دون الأخر فأحبلها قال:يضرب نصف الحد و يغرم نصف القيمه»،. الا أن هذه الروايه لا دلاله فيها على نفى القول بالقيمه بمجرد الوطى،و بالجمله فإن المعارضه هنا وقعت بين روايه العده،و روايه إسماعيل الاولى،و إلا فروايه عبد الله بن سنان مطلقه،و الترجيح بحسب القواعد لروايه العده لدلالتها صريحا على ما ذكرناه،و الأخرى انما تدل

۱- ۱) الكافى ج ۷ ص ۱۹۴ الفقيه ج ۴ ص ۳۳.
۲- ۲) الكافى ج ۷ ص ۱۹۵ التهذيب ج ۱۰ ص ۳۰.
۳- ۳) الكافى ج ۷ ص ۱۹۵ التهذيب ج ۱۰ ص ۳۰.

بالمفهوم،و هو لا يعارض المنطوق الصريح،الا ان ظاهر اتفاق الأصحاب على الحكم- عدا إطلاق كلام الشيخ هنا-مما يعضد المفهوم المذكور،و المسأله لذلک محل اشكال و الله العالم.

الخامس [صيرورتها مع الحمل أم ولد]

قد عرفت ان مع الحمل تقوم الجاريه على الواطئ،فالظاهر انه لا خلاف فيه لأنها مع الحمل تصير أم ولد و يلحقها حكم أمهات الأولاد و الولد حر، قالوا لان الاستيلاد بمنزله الإتلاف لتحريم بيعها و انعتاقها بموت سيدها،فكان عليه غرامه حصص باقى الشركاء من الجاريه و من الولد.

و ظاهرهم انه لا فرق بين كونه عالما أو جاهلا و هو ظاهر إطلاق روايه إسماعيل الجعفى المتقدمه و لو لا ذلک لأمكن الفرق بين الأمرين فإن مقتضى القاعده مع العلم ان لا يكون الولد كله حرا لان الزنا بأمه الغير موجب لكون الولد للمالک، -لانه نماء ماله،الا أن الحكم هنا كما ذكره الأصحاب-و هو ظاهر الخبر المذكور -على خلاف ذلک،و كان تقويم حصص الشركاء فى الولد من حيث سرايه العتق ان قيل بها فى مثله فإنها قهريه كما سيجىء تحقيقه إنشاء الله تعالى فى موضعه اللائق به.

السادس-المعتبر فى قيمه الولد قيمته يوم سقطه حيا

،فيقوم لو كان عبدا و يدفع الى باقى الشركاء حصصهم،هذا إذا لم يكن قومت عليه حاملا،و الا دخلت قيمته معها،و لو وقع الولد سقطا قبل التقويم استقرت ملک الشركاء للأم.

أما تقويم الام فهل المعتبر قيمتها عند الوطى،أو يوم التقويم،أو الأكثر منها؟ اختار فى الدروس الأول،و فى المسالک الثالث،و استظهر المحقق الأردبيلى فى شرح الإرشاد أكثر القيم من حين الحمل الى زمان الانتقال،قال:و يحتمل حين الحمل، لانه وقت الإتلاف،و الأول أظهر،لأنه زاد فى ملک الأول انتهى.

و الظاهر ان ما ذكره من الاحتمال هو الذى ذكره ابن إدريس بقوله-فى عبارته

المتقـدمه:یوم جنایته علیها،و الـذی دلت علیه روایه عبـد الله بن سـنان المتقدمه أکثر الأمرین من قیمتها یوم التقویم و ثمنها،و هو ظاهر اختیار الشیخ فیما تقدم من عبارته و هو الأقرب.

السابع [عدم دخول الجاریه فی ملک الواطئ بمجرد الحمل]

-ینبغی ان یعلم انه لاـ تـدخل الجـاریه فی ملـک الواطئ بمجرد الحمـل، بـل لا بـد من التقویم و دفع القیمه أو ضـمانها مع رضـا الشـرکاء بـذلک،و ظاهر الاخبار المتقـدمه أنها تنتقل بمجرد التقویم،و مقتضـی قواعـد الأصـحاب انه لا بد من صـیغه البیع و دفع القیمه أو ضـمانها،إلاـ أنـک قـد عرفت فیمـا تقـدم مـا فی اشتراط الصـیغه الخاصه من عـدم الـدلیل علی ذلک،و الظاهر أن ذکر التقویم فی الاخبـار خرج مخرج التجوز و الکنـایه عن دفع الثمن أو ضـمانه،و أمـا اشتراط الرضـا فالظـاهر ان البیع هنا قهری علی الشرکاء.

الثامن

-قـد عرفت أنه لا تدخل فی ملک الواطئ بمجرد الحمل،بل لا بد من التقویم و دفع القیمه أو ضـمانها و حینئذ ان کسب الجاریه المذکوره و حق الخدمه مشترک بین الملاک قبل ذلک.

التاسع [عدم وجوب شیء بالوطی مع عدم الحمل إلا أن تکون بکرا]

ظاهر کلام ابن إدریس المتقـدم انه مع عـدم الحمل لا یجب علیه بالوطء شـیء الا أن یکون بکرا فیجب علیه أرش البکاره،و هو تفاوت ما بین قیمتها بکرا و ثیبا و یسـقط منه قدر نصیبه،أما لو کان ثیبا فلا شیء علیه،و ظاهر کلام العلامه المتقدم أن علیه أرش البکاره لو کانت بکرا قطعا و لو کانت ثیبا فعلیه المهر،و الشیخ فیما تقدم من عبارته سکت عن ذلک.

و ظـاهر شـیخنا الشـهید الثـانی فی المسالـک القول بما ذهب إلیه العلامه من إیجاب الجمیع لو کانت بکرا أعنی أرش البکاره،و المهر لو کانت ثیبا،قال فی الکتاب المذکور و یجب علی الأب العقر (۱)بسبب الوطی،سواء کانت بکرا أو ثیبا،

۱- ۱) العقر بالضم:و هو دیه فرج إذا غصب علی نفسها و قیل:هو المهر أو ما تعطاه المرأه علی وطئ الشبهه.

و هو العشر أو نصفه مضافا الى ذلك أرش البكاره،مستثنى منه قدر نصيبه على أصح القولين.انتهى (۱)و نبه بقوله على أصح القولين على خلاف ابن إدريس كما عرفت،حيث انه لم يوجب شيئا مع الثيوبه،و مع البكاره لم يوجب إلا الأرش و قال المحقق الأردبيلى أنه لا بد من العقر بحصه الشركاء العشر و نصفه،و فى أرش البكاره تأمل،و الظاهر العدم،لدخوله تحت عقر البكر،و لهذا سكت عنه الأكثر انتهى و ظاهره ان أرش البكاره انما هو العشر،و حينئذ فإذا وجب عليه فى صوره ما إذا كانت بكرا من حيث كونه مهرا فلا معنى لإيجابه مره أخرى من حيث كونه أرشا،مع أنك قد عرفت من كلام المسالك إيجاب الأمرين،الا ان ظاهر عباره ابن إدريس يدل على ان أرش البكاره انما هو تفاوت ما بين قيمتها بكرا و ثيبا لا العشر، فعلى هذا لا منافاه بين وجوب الأمرين،و لا يحضرنى الان خبر صريح فى تفسير الأرش فى هذا المقام بأحد المعنيين،الا ان صحيحه الوليد بن صبيح المتقدمه فى المسئله التاسعه ظاهره فيما ذكره المحقق المشار اليه،و كيف كان فالظاهر هو ما ذكره المحقق المذكور،إذ لا يستفاد من الاخبار أزيد من ذلك.

العاشر [حكم مهر الأمه العالمه المطاوعه]

-خص العلامه فيما تقدم من كلامه وجوب المهر بما إذا كانت مكرهه أو جاهله،و ظاهره كون المطاوعه أيضا كذلك-على خلاف فيها،و جزم ابن فهد فى المهذب بأن العالمه المطاوعه لا مهر لها،و كأنه بنى على خبر (۲)«لا مهر لبغى» و قد تقدم فى المسئله التاسعه قول شيخنا الشهيد بذلك فى نظير هذه المسئله للخبر المذكور و فيه ما ذكرناه ثمه -

الحادى عشر [حريه الولد حين انعقاده]

-ظاهر الأصحاب حريه الولد حين انعقاده،فهو حرفى الأصل و ان لم يدفع الأب حصص الشركاء،و وجوب التقويم على أبيه

۱- ۱) و اليه يميل كلام الشهيد فى الدروس حيث قال:و فى دخول أرش البكاره فى المهر نظر و جمع الفاضل بينهما.انتهى منه رحمه الله.

۲- ۲) التهذيب ج ۱۰ ص ۳۶ الكافى ج ۵ ص ۴۷۹.

لا- یوجب رقیته،ففکه بالقیمه لیس علی حسب فک الرق الوارث لیدفع الیه المیراث و یظهر الفائده فیما لو أوصی له حملا،فإن الوصیه صحیحه بناء علی ما قلنا،و اما علی تقدیر انعقاده رقا و توقف تحریره علی فکه من الرقیه فلا.

الثانیه عشر-لو سقط الولد بجنایه جان علیه

،ألزم الجانی دیه جنین حر للأب، و هو عشر دیه،و علی الأب للشرکاء دیه جنین الأمه و هو عشر قیمتها إلا قدر نصیبه، کذا ذکره جمله من الأصحاب هنا و الله العالم.

المسأله الخامسه عشر-لو تنازع المأذون بعد شراء کل منهما صاحبه من مولاه فی الأسبق

،لیبطل بیع المتأخر لبطلان الاذن بزوال الملک،و لا بینه لهما و لا لأحدهما فما الحکم فی ذلک؟قال الشیخ فی النهایه:المملوکان إذا کانا مأذونین فی التجاره فاشتری کل واحد منهما صاحبه من مولاه،فکل من سبق منهما بالبیع کان البیع له، و کان الأخر مملوکا له،فان اتفق ان یکون العقد ان فی حاله واحده أقرع بینهما، فمن خرج اسمه کان البیع له،و یکون الأخر مملوکه و قد روی انه إذا اتفق العقدان فی حاله واحده کانا باطلین و الأحوط ما قدمناه.انتهی و تبعه علی ذلک ابن البراج.

و قال ابن إدریس:و ان اتفق أن یکون العقدان فی حاله واحده کان العقد باطلا،و قد روی انه یقرع بینهما فمن خرج اسمه کان البیع له،و یکون الأخر مملوکه،و هذه الروایه لا یمکن المصیر إلیها،لأن القرعه تستعمل فی الأشیاء التی یجوز وقوع الصحه فیها و صحه أحدهما و بطلان الحکم الأخر،و هذا السؤال مبنی علی انه وقع العقد ان فی حاله واحده و تحقق و تیقن ذلک،و قد روی انه یذرع الطریق و الأول من الأقوال هو الصحیح الذی یقوی فی نفسی.انتهی.

و الذی وقفت علیه من الاخبار المتعلقه بهذه المسأله ما رواه

ثقه الإسلام فی الکافی و الصدوق فی الفقیه عن أبی سلمه (۱)

«عن أبی عبد الله(علیه السلام)فی رجلین مملوکین مفوض إلیهما یبیعان و یشتریان بأموالهما،و کان بینهما کلام فخرج هذا یعد و الی مولی هذا،و هذا الی مولی هذا،و هما فی القوه سواء،فاشتری هذا من مولی هذا العبد و ذهب هذا فاشتری من مولی هذا العبد الأخر،فانصرفا الی مکانهما فتشبث کل واحد منهما بصاحبه و قال له:أنت عبدی و قد اشتریتک من سیدک،قال:یحکم

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۱۸ الفقیه ج ۳ ص ۱۰ التهذیب ج ۷ ص ۷۲.

بينهما من حيث افترقا يـذرع الطريق،فأيهما كان أقرب فهو الـذى سـبق الـذى هو أبعد،و ان كانا سواء فهو رد على مواليهما»و زاد فى الكـافى«جـاءا سواء و افترقـا سواء الاـ ان يكون أحـدهما سـبق صـاحبه،فالسـابق هو له،إنشاء باع و إنشاء أمسك و ليس له أن يضربه».

قال فى الكافى و فى روايه أخرى

«ان كانت المسافه سواء أقرع بينهما،فأيهما وقعت القرعه عليه كان عبده». و روى الشـيخ الخبر المذكور عن محمد بن يعقوب مع الزياده،و كـذا الروايه المرسـله الا ان فيه فى آخر الروايه المرسـله «كان عبـد الأخر»و هو أظهر،و على تقـدير روايه الكلينى يكون الضمير فى عبده راجعا إلى الأخر،المفهوم من سياق الكلام و قرينه المقام.

ثم انه لاـ يخفى ان المسـتفاد من الخبر المـذكور هو كون المـال الـذى بيـد المـأذونين مالهمـا،و هو مؤيـد لما قـدمناه من تملك العبـد،و أن توقف التصـرف على اذن السـيد، و ان الشـراء انمـا وقع لكـل منهمـا،كمـا ينادى به قول كل واحـد منهما للآخر أنت عبـدى،و قوله فى الزياده التى فى الكافى«فالسابق هو له،إنشاء باع و إنشاء أمسك»و أنه لو تحقق سـبق أحد العقدين بقرب طريق أحدهما حكم بصحته و تقديمه،و هو ظاهر، و انه مع علم الاقتران بتساوى الطريقين فالعقدان باطلان.

و ظـاهر الروايه المرسـله انه مع تسـاوى الطريقين الموجب للاـقتران-كما عرفت-فالحكم القرعه،و كأنه الى هـذه المرسـله اسـتند الشـيخ فى النهـايه فحكم بـالقرعه فى صوره الاـقتران،و فيه مناقضه ظاهره لما دل عليه الخبر الأول من الحكم بالبطلان مع تساوى الطريقين.

و جمله من الأصـحاب منهم شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك اعترض على الشيخ فى الاستناد الى هذه الروايه،بأن المستفاد منها انما هو الاشتباه،قال فى الكتاب المذكور:انه صرح فى النهايه بالقرعه عند الاقتران محتجا بالروايه و هى لا تدل على

مطلوبه،لانه فرضها فی کتابی الأخبار فیما إذا کانت المسافه متساویه،و اشتبه الحال، لا فیما إذا علم الاقتران.انتهی.

أقول الظاهر ان ما أورده علی الشیخ غیر وارد بعد التأمل فی الخبرین المذکورین، و ذلک انه فی الخبر الأول فرض ان العبدین حین خرج کل واحد منهما الی مولی الأخر کانا متساویین فی القوه و العدو،و أن مشیهما و عدوهما واحد،فلذا أمر(علیه السلام) بذرع الطریقین،فان ظهر قرب أحدهما علی السبق للقریب،و ان تساوی الطریقان حکم بالبطلان:و ما ذاک الا من حیث حصول الاقتران بین العقدین،لان المفروض تساویهما فی الطریق،و تساویهما فی العدو،فیلزم الاقتران و الیه یشیر قوله فی الزیاده التی فی الکافی«جاءا سواء،و افترقا سواء»و من هذه الروایه حکم الأصحاب بالبطلان مع الاقتران،لاستحاله الترجیح بغیر مرجح.

و الظاهر من ذکر الکلینی المرسله المذکوره بعد هذه الروایه أنها من تتمه الروایه الاولی،و مترتبه علی ما ذکر فیها من السؤال و الجواب،و انما حصل الاختلاف فی صوره تساوی الطریقین،فالروایه المسنده دلت علی البطلان،و المرسله دلت علی القرعه،و به یحصل التعارض بین هاتین التتمتین،و احتمال کون هذه المرسله روایه مستقله لا معنی له،لعدم تقدم ذکر مسافه تشار إلیها باللام العهدیه،و بما ذکرنا یظهر ما فی اعتراضهم علی الشیخ و دعویهم أن المستفاد من المرسله انما هو الاشتباه.

نعم یحصل الإشکال فی المرسله المذکوره بما ذکره ابن إدریس من حیث أن القرعه انما تکون مع صحه أحد العقدین و مجهولیته،فیستخرج ذلک الصحیح منهما بالقرعه،و أما مع علم الاقتران کما هو المفروض و المفهوم من سیاق الکلام فالظاهر بطلانهما کما صرحت به الروایه الاولی،و بذلک یظهر بقاء المسأله فی قالب الاشکال،و للأصحاب(رضوان الله علیهم)هنا شقوق و تفریعات و أحکام زائده علی ما یفهم من اخبار المسأله و خارجه عنها لیس للتعرض لها کثیر فائده بعد ما عرفت و الله العالم.

الی هنا تم الجزء التاسع عشر حسب تجزئتنا بحمد الله و منه و قد بذلنا الجهد غایته فی تصحیحه و مقابلته للنسخه المصححه بقلم المصنف طاب ثراه التی تفضل علینا بها حضره حجه الإسلام العلامه السید عبد اللطیف الحسینی القرشی دامت برکاته العالیه و له الثناء الجمیل و الشکر الجزیل و یتلوه الجز العشرون فی أحکام بیع السلم إن شاء الله تعالی و نرجو من الله التوفیق علی طبع بقیه الاجزاء و الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی محمد و آله الطاهرین علی الاخوندی

ص: ۴۸۴

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم
هَلْ يَسْتَوِی الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: ۹

المقدمة:
تأسّس مركز القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين فی الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:
نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر فی العلوم الإسلامية وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية فی أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين فی العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهی منظمة فی برامج إلكترونية وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.
وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوی تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:
نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبیّ عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ فی المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين فی الحوازت العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها فی ملفات الكترونية

السياسات:
مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فى نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فى مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فى الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

١.JAVA

٢.ANDROID

٣.EPUB

٤.CHM

٥.PDF

٦.HTML

٧.CHM

٨.GHB

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

١.ANDROID

٢.IOS

٣.WINDOWS PHONE

٤.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فى تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزى

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكترونى : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزى ٠٣١٣۴۴٩٠١٢۵

هاتف المكتب فى طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.